FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

LES AUGMENTATIONS DE CAPITAL
DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

le Jeudi 23 Janvier 1947 à 15 heures

PAR

Jacques LANDEROIN

Licencié ès Lettres

Avocat stagiaire à la Cour d'Appel de Bordeaux

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, rue Soufflot, PARIS (5e)

1947

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

LES AUGMENTATIONS DE CAPITAL
DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

le Jeudi 23 Janvier 1947 à 15 heures

PAR

Jacques LANDEROIN

Licencié ès Lettres

Avocat stagiaire à la Cour d'Appel de Bordeaux

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, rue Soufflot, PARIS (5e)

1947

FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITE DE BORDEAUX

Doyen honoraire : FERRON, ✻, ✠ I.

Professeur honoraire : M. MARGAT, ✠ I.

VIZIOZ, ✠ I., Doyen, professeur de *Procédure civile*, chargé d'un cours de *Droit civil comparé* (Diplôme d'études supérieures) et d'un cours de *procédure civile et voies d'exécution* (Capacité).

PALMADE, ✻, ✠, professeur de *Droit commercial.*

POPLAWSKI, ✻, ✠ I, professeur de *Droit criminel*, chargé des cours de *Législation industrielle* (Licence), de *Droit criminel* (Capacité) et de *Droit pénal spécial* (Licence et Doctorat).

BOYÉ, ✻, ✠ I., professeur de *Droit romain.*

BIBIÉ, ✻, ✠, ✠, professeur de *Droit international public*, chargé d'un cours de *Droit public* (Capacité).

RÉGLADE, ✠ I., professeur de *Droit constitutionnel et administratif*, chargé d'un cours de *Droit international privé* (Licence).

GARRIGOU-LAGRANGE, ✠, professeur d'*Economie politique*, chargé d'un cours de *Législation rurale* (Licence).

HUBRECHT, ✠ I., professeur d'*Histoire du Droit* (doctorat), chargé d'un cours de *Droit romain* (Licence, 2e année).

LABORDE-LACOSTE, ✻, ✠ I., professeur de *Droit civil*, chargé d'un cours d'*Enregistrement* (Licence) et d'un cours de *Droit civil approfondi* (Doctorat).

BRÉTHE DE LA GRESSAYE, ✠ I., professeur de *Droit civil*, chargé d'un cours de *Législation coloniale* (Doctorat).

BERNARD, professeur, chargé du cours de *Droit romain* (1re année) et d'un cours de *Pandectes* (Doctorat).

DE JUGLART, professeur de *Droit civil*, chargé d'un cours de *Droit maritime* (Licence).

ELLUL, professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours d'*Histoire des institutions du Sud-Ouest* (Doctorat).

DUVERGER, agrégé, chargé des cours de *Droit administratif* (Licence) et de *Droit constitutionnel comparé* (Doctorat).

LAJUGIE, agrégé, chargé des cours d'*Economie politique* (Licence, 2e année), et d'*Histoire des Doctrines économiques* (Doctorat).

ROUQUET LA GARRIGUE, agrégé, chargé des cours de *Législation financière* (Licence et Doctorat), et d'*Economie politique* (Doctorat).

M. ARTIGUELONG, ✠ I., *secrétaire.*
Mme COSTES, ✠ I, *secrétaire adjointe.*
Mme SOUBIE, ✠, *bibliothécaire.*

COMMISSION DE LA THESE

MM. PALMADE, *professeur* ..... *Président*

LABORDE-LACOSTE, *professeur* .....
ROUQUET LA GARRIGUE, *agrégé* ..... } *Suffragants*

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

ABREVIATIONS

al.	alinéa.
Ann dr. comm. .	*Annales de droit commercial.*
A.N.S.A.	Association nationale des sociétés par actions.
art.	article.
B.I.C.	Impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux.
Cass.	Cour de cassation.
C.E.	Conseil d'Etat.
Civ.	Chambre civile.
C. civ.	Code civil.
contra	solution contraire.
C.V.M.	Code fiscal des valeurs mobilières.
D.	Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence.
D. crit.	Dalloz, Recueil périodique et critique.
Gaz. Pal.	*Gazette du Palais.*
I.G.R.	Impôt général sur le revenu.
Instr.	Instruction de l'Administration de l'Enregistrement.
I.S.R.V.M.	Impôt sur le revenu des valeurs mobilières.
Journ. soc.	*Journal des sociétés.*
J.C.P.	Juris Classeur Périodique.
op. cit.	ouvrage cité.
Rev. Enreg.	*Revue de l'Enregistrement.*
Req.	Chambre des requêtes.
Rev. soc.	*Revue des sociétés.*
S.	Sirey, Recueil général des lois et des arrêts.
suiv.	suivants, suivantes.
Trib. civ.	Tribunal civil.
Trib. corr.	Tribunal correctionnel.

INTRODUCTION

1. Augmentation de capital avec adjonction de richesses nouvelles. — Chacun des actionnaires d'une société anonyme en formation effectue un apport en argent ou en nature : l'ensemble des apports constitue le capital social.

Une société déjà formée peut, soit en période de prospérité, soit en période de gêne, avoir besoin de capitaux ou de biens en nature autres que des espèces : elle procède alors à une augmentation de capital par appel d'argent frais ou entrée de biens nouveaux.

Extension de l'affaire. — La société prospère qui prévoit un accroissement de la demande des consommateurs désire étendre son exploitation, afin de réaliser des bénéfices plus importants. Mais, pour développer son action, il lui faut acheter davantage de matières premières, améliorer le nombre et la qualité de son matériel, embaucher de nouveaux ouvriers. Ces opérations sont coûteuses. La société a donc besoin, soit qu'on lui apporte directement le matériel ou l'usine nécessaires, soit qu'on lui fournisse de l'argent pour les acheter. Dans l'un et l'autre cas, il lui faut faire appel à ses actionnaires ou à des tiers. Ceux-ci effectuent un nouvel apport en argent ou en nature, comme lorsqu'ils sont entrés dans la société. Mais il n'y a pas alors constitution de société nouvelle et formation d'un capital social nouveau : la société ancienne subsiste, son capital social est simplement augmenté et des actions nouvelles sont créées.

Reconstitution d'un fonds de roulement. — La société peut aussi avoir fait de mauvaises affaires ou, tout au moins, se trouver gênée dans sa trésorerie : elle a besoin d'argent. Elle s'adresse à ses actionnaires ou à de nouveaux souscripteurs, et elle augmente en conséquence son capital social.

2. Comparaison avec l'emprunt. — La société a un autre moyen pour se procurer de l'argent : elle émet un emprunt. Cet emprunt peut être contracté à court terme auprès des banques, à moyen terme par l'émission de bons de caisse ou à long terme par l'émission d'obligations. Une société qui a besoin d'argent a donc le choix entre l'augmentation de capital et l'emprunt.

Elle peut également procéder simultanément, mais séparément, à une émission d'actions et à une émission d'obligations (1). Il ne semble pas qu'elle puisse lier les deux opérations et soumettre l'exercice du droit préférentiel de souscription des actionnaires (voir n° 7) à la condition suspensive de leur souscription à une émission d'obligations réalisée conjointement : le droit préférentiel de souscription serait alors, sinon méconnu, du moins entravé par la condition suspensive.

Le choix entre les deux moyens dépend du climat boursier : en période de prospérité, une émission d'actions a des chances de réussir, car le public prévoit la distribution de dividendes élevés à laquelle il désire participer. En période de crise, au contraire, le public préfère souscrire à une émission d'obligations : le rapport est moins élevé, mais il est sûr et indépendant des aléas de l'affaire.

3. Augmentation de capital sans adjonction de richesses nouvelles. — L'article 34 al. 1er de la loi du 24 juillet 1867 oblige les sociétés anonymes à établir, à la clôture de chaque exercice, un bilan.

Au passif du bilan figurent notamment le capital social, les réserves et les obligations émises par la société. Les réserves peuvent être distribuées à leurs ayants droit, les obligations remboursées aux créanciers. L'apport de ces sommes peut être immédiatement fait à la société par leurs bénéficiaires. Ou même, plus simplement, ces sommes peuvent être, sans aucune distribution, virées du poste « Réserves » ou du poste « Obligations » au poste « Capital social ». L'opération a bien pour résultat d'augmenter le capital social; mais le total du passif inscrit au bilan n'est pas modifié. Il y a seulement virement, à l'intérieur du passif, de sommes prélevées à un poste et ajoutées à un autre.

La particularité de cette opération, c'est que, contrairement à celle que nous avons précédemment analysée, elle n'enrichit pas la société; il n'y a qu'une simple opération comptable sans adjonction de richesses nouvelles : c'est une augmentation de capital sans appel d'argent frais et sans entrée de bien nouveau. L'opération s'accompagne d'une émission d'actions remises gratuitement aux ayants droit.

4. Avantages de l'incorporation des réserves. — Quels intérêts s'attachent à une pareille augmentation de capital ? Une incor-

(1) C'est ce qu'ont fait récemment les sociétés Phospho-Guano, Amieux et Cie et Office Commercial Pharmaceutique (V. *Echo de la Finance*, 21 décembre 1945).

poration de réserves au capital social présente de multiples avantages pour la société et pour les actionnaires.

a) Pour la société. — 1° L'incorporation des réserves met en harmonie le capital social et l'actif réel de la société. On supprime ainsi la disproportion entre un capital social restreint et des distributions de dividendes élevés. Soit une société au capital de 5 millions divisé en 5.000 actions de 1.000 francs chacune, qui distribue 1 million de bénéfices : chaque action rapporte donc 200 francs. Supposons qu'avant de distribuer le dividende, la société procède à une incorporation de réserves et remette aux actionnaires une action nouvelle pour une ancienne. Chaque action ne donne plus droit à recevoir qu'un dividende de 100 francs; mais, comme chaque propriétaire d'une action ancienne possède maintenant deux actions, il touchera la même somme avant et après l'augmentation de capital.

2° Les réserves, une fois incorporées au capital social, ne peuvent plus être distribuées : elles renforcent donc le gage des créanciers et accroissent le crédit de la société.

3° La multiplication des actions élargit le marché des titres : les transactions sont facilitées et les titres sont moins soumis aux brusques variations de cours que les titres dont le marché est étroit.

4° Enfin, pour le paiement de l'impôt de solidarité, l'incorporation des réserves au capital social a permis à la société de se libérer en remettant des actions à l'Etat plutôt qu'en déboursant une somme d'argent (ordonnance du 15 août 1945).

b) Pour les actionnaires. — De leur côté, les actionnaires retirent les avantages suivants d'une incorporation de réserves au capital social :

1° Sous l'empire de la loi du 28 février 1941 (abrogée par l'article 68-1° de l'ordonnance du 15 août 1945), les dividendes distribués aux actionnaires ne devaient pas dépasser ceux distribués pendant l'un des trois derniers exercices clos avant le 1er janvier 1940, qui avaient donné lieu aux répartitions les plus élevées. Or, les incorporations de réserves n'emportant pas distribution effective des bénéfices ne tombaient pas sous l'application de cette loi. L'opération était donc avantageuse pour les actionnaires.

2° La distribution de réserves sous forme d'actions gratuites est soumise, nous le verrons ultérieurement, à un régime fiscal de faveur (loi du 12 août 1942) : elle est notamment soustraite à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières et à l'impôt général

sur le revenu, auxquels serait assujettie une distribution en espèces des réserves.

L'incorporation des obligations au capital social présente également des avantages : la société se trouve allégée d'une dette à intérêt fixe qu'elle doit payer même lorsqu'elle subit des pertes. De son côté, l'obligataire profite des bénéfices réalisés par la société en touchant un dividende d'un montant généralement plus élevé que ne l'était l'intérêt de sa créance.

5. Plan de l'étude : dualité d'objectifs. — En définitive, nous voyons que l'augmentation de capital peut être réalisée dans deux *buts* différents :

— un but économique;
— un but comptable.

La société a-t-elle besoin de développer son activité ou d'élargir sa trésorerie ? Elle procède alors à une augmentation de capital avec adjonction de richesses nouvelles.

L'opération se traduit par une modification comptable qui affecte un poste actif et un poste passif : ouverture à l'actif d'un poste représentant l'apport; accroissement au passif du poste « Capital social ». Mais cette modification comptable n'est qu'une conséquence de l'augmentation de capital; elle n'est pas alors le but recherché.

Si, au contraire, la société désire opérer un rajustement ou un assainissement financier, si elle veut mettre en harmonie son capital social et son actif social, elle effectue une opération comptable interne d'auto-financement : elle procède à une augmentation de capital sans adjonction de richesses nouvelles, par incorporation de réserves ou conversion d'obligations en actions.

Il y a modification de deux postes passifs : le poste « Capital social » et le poste « Réserves » (ou bien « Obligations »). Cette modification comptable est le but recherché dans l'opération.

Nous sommes donc amené à étudier les augmentations de capital sous les deux aspects qu'elles présentent selon le but de l'opération :

— *Les augmentations de capital* **avec** *adjonction de richesses nouvelles;*
— *Les augmentations de capital* **sans** *adjonction de richesses nouvelles* (2).

(2) Le sujet étant vaste, nous ne reviendrons pas sur les discussions doctrinales ou jurisprudentielles closes : nous bornerons notre étude aux *questions juridiques controversées, à l'exclusion des questions économiques.*

PREMIÈRE PARTIE

Augmentation de capital avec adjonction de richesses nouvelles

6. Dualité des objectifs. — Lorsqu'une société procède à une augmentation de capital, elle a, en général, tout un passé économique derrière elle. Elle a fait, tantôt de bonnes affaires, tantôt de mauvaises. Si la société, au lieu d'augmenter son capital, procédait à sa liquidation, dans le premier cas, l'actionnaire recevrait plus que son apport initial, et, dans le second cas, il recevrait **moins.**

Ces deux situations se traduisent en Bourse de la façon suivante :

— Si la société est prospère, ses actions sont cotées au-dessus du pair;

— Au contraire, si elle est en perte, ou traverse une crise, ses actions sont cotées au-dessous du pair.

7. Société prospère *(Protection des anciens actionnaires).* — Supposons une société prospère (actions cotées au-dessus du pair) qui émet au pair des actions de numéraire. Les actions anciennes vont baisser. En effet, l'action représente un droit, en cas de liquidation de la société, sur l'ensemble de l'actif correspondant au montant total du capital social et des réserves; l'opération envisagée augmente bien par hypothèse le nombre d'actions, mais laisse intactes les réserves; par conséquent, la quote-part de réserves à laquelle chaque action a droit se trouve diminuée.

Droit préférentiel de souscription. — Lorsque l'augmentation de capital est réservée aux anciens actionnaires, cette baisse de l'action ancienne n'a pas d'importance : L'actionnaire récupère

sur l'action nouvelle ce qu'il perd sur l'ancienne. M. Redaud (1) nous donne l'exemple suivant : « Soit, dit-il, une société au capital initial de 4 millions de francs, divisé en 4.000 actions de 1.000 francs. Elle augmente son capital par l'émission de 2.000 actions de 1.000 francs. Chaque actionnaire possédant 2 actions aura droit de souscrire une action nouvelle. L'action ancienne avant l'émission valait 1.500 francs. L'ancien actionnaire qui usera de son droit de souscription acquérra une action nouvelle pour 2 anciennes, moyennant le versement d'une somme de 1.000 francs. La valeur totale de ses 3 actions sera composée de la valeur de ses 2 actions anciennes avant l'émission et de la valeur d'émission de son action nouvelle, soit : 1500 + 1.500 + 1.000 = 4.000 francs. Chaque action vaudra donc : 4.000 : 3 = 1.333 fr. 33. Les actions anciennes auront ainsi diminué de : 1.500 — 1.333,33 = 166 fr. 67. »

L'actionnaire qui a souscrit à une action nouvelle perd : 166,67 × 2 = 333 fr. 34 sur ses actions anciennes. Mais il gagne : 1.333,33 — 1.000 = 333 fr. 33 sur l'action nouvelle. Son gain et sa perte s'annulent donc.

Aussi les statuts des sociétés prévoyaient-ils souvent un droit préférentiel de souscription au profit des possesseurs d'actions anciennes. Cette simple faculté statutaire est devenue une obligation légale avec le décret-loi du 8 août 1935.

Primes d'émission. — Il est un second moyen de protéger les possesseurs d'actions anciennes : Il suffit de faire payer à l'action nouvelle la quote-part de réserve à laquelle elle aura droit; on élève ainsi l'action nouvelle à la valeur de l'ancienne. Pour cela, on fait une émission au-dessus du pair. C'est ce qu'on appelle une émission avec prime. La prime employée simultanément avec le droit préférentiel de souscription diminue celui-ci d'autant. Mais, même si l'émission avait lieu au pair, les anciens actionnaires ne seraient pas lésés, puisqu'ils souscriraient avant les tiers.

Nous voyons donc que, lorsque la société est prospère, il faut protéger les possesseurs d'actions anciennes contre l'intrusion de nouveaux venus qui profiteront des réserves accumulées.

8. Société en difficulté (*Avantages offerts aux nouveaux actionnaires*). — Si, par contre, la société a fait de mauvaises affaires, ce qui se traduit en bourse par la cotation de ses actions au-dessous du pair, il s'agit d'attirer les souscriptions nouvelles.

(1) Redaud, *Les parts sociales sous le régime de communauté*, thèse Paris, 1929, p. 415.

Les actionnaires anciens, comme dans le cas précédent, ont, depuis le décret-loi de 1935, un droit préférentiel de souscription. Ils ne seront guère tentés de s'en servir, car ils ne voudront sans doute pas investir d'autres capitaux dans une société en difficulté.

De leur côté, les non-actionnaires ne voudront pas entrer dans une société qui périclite.

Pour que l'émission réussisse, il faut donc que les actions nouvelles offrent des avantages par rapport aux actions anciennes : c'est le rôle des actions dites de priorité.

Remarquons que l'on ne peut songer, comme en matière d'obligations, à effectuer une émission au-dessous du pair : le montant de l'augmentation de capital doit être intégralement couvert par les souscriptions (art. 1er al. 2 et art. 24 de la loi du 24 juillet 1867).

En résumé, en cas d'appel d'argent frais, il y a :

— un principe : droit préférentiel de souscription au profit des anciens actionnaires,

— conjugué, suivant le cas, avec l'une des modalités ci-dessous :

1° *Société prospère* : Protection des actionnaires anciens par émission d'actions avec primes;

2° *Société en perte* : Recherche de souscriptions nouvelles par émission d'actions de priorité.

9. Augmentation de capital par apport en nature. — L'augmentation de capital peut avoir lieu, non plus par entrée d'argent frais, mais par entrée d'un bien nouveau dans la société, par apport en nature. En ce cas, il ne saurait y avoir droit préférentiel de souscription au profit des anciens actionnaires : les actions nouvelles ne peuvent évidemment être attribuées qu'à l'apporteur. Le droit préférentiel concerne les seules émissions d'actions de numéraire. La logique l'exige et le décret-loi de 1935 le proclame.

Lorsque l'augmentation de capital a lieu par appel d'argent frais ou apport en nature, la situation est très voisine de celle d'une constitution de société. En principe, les formalités à accomplir sont les mêmes que s'il y avait création d'une société. Nous nous bornerons à indiquer seulement les particularités qu'offre l'augmentation de capital par rapport à la souscription primitive.

Notre étude sera divisée en trois chapitres :

CHAPITRE I : *Droit préférentiel de souscription.*

CHAPITRE II : *Modalités d'émission d'actions.*

Section I : Emission d'actions avec primes (par une société prospère).

Section II : Emission d'actions de priorité (par une société qui périclite).

CHAPITRE III : *Apports en nature.*

CHAPITRE PREMIER

DROIT PREFERENTIEL DE SOUSCRIPTION

10. Principe de l'automatisme. — Le décret-loi du 8 août 1935 sanctionnant une clause statutaire a rendu automatique, au profit des actionnaires anciens, le droit préférentiel de souscription aux actions nouvelles émises à l'occasion d'une augmentation de capital avec appel d'argent frais.

11. Exceptions. — En dépit de cet automatisme, le droit préférentiel de souscription comporte des exceptions :

1° Bénéficiaires antérieurs au décret, notamment les porteurs de parts. — La première exception concerne le cas où ce droit a été accordé antérieurement à la publication du décret susnommé, soit par les statuts originaires de la société, soit par l'assemblée générale, à un ou plusieurs actionnaires individuellement, à une catégorie spéciale d'actionnaires, à des porteurs de parts bénéficiaires ou à des porteurs de titres représentant spécialement le droit de préférence (1) (art. 12 du décret-loi du 8 août 1935).

2° Dérogation consentie en assemblée générale extraordinaire. — La seconde exception concerne le cas où l'assemblée générale extraordinaire écarte l'application du décret-loi de 1935. L'assemblée doit alors être composée d'actionnaires représentant les trois quarts au moins du capital social et la décision doit être prise à la majorité des deux tiers au moins des voix des actionnaires présents ou représentés (art. 31 de la loi du 24 juillet 1867).

3° Souscripteur non-résident au sens de l'arrêté du 30 avril 1940. — Enfin, la troisième exception au droit de souscription a lieu lorsque le souscripteur est un non-résident au sens de l'arrêté du 30 avril 1940, c'est-à-dire les personnes physiques résidant habituellement hors de la métropole et des colonies, pays de

(1) Les porteurs de titres représentant spécialement le droit de préférence sont obligatoirement groupés en une masse depuis la loi du 4 mars 1943 (art. 9). Les décisions de la masse s'imposent à tous ses membres.

protectorat et pays sous mandat français, et les personnes morales pour leur établissement hors de ces régions.

Le droit de souscription n'est pas alors formellement supprimé pour le non-résident, mais son exercice est subordonné à l'obtention de l'autorisation du ministre des Finances ou de l'Office des Changes (art. 4 du décret du 15 janvier 1945).

12. Situations réservées. — En dépit de son automatisme, le droit préférentiel de souscription comporte certaines difficultés d'application : le législateur, non content de poser le principe, s'est efforcé d'en assurer l'application dans le temps; il veut faciliter l'exercice du droit de souscription des actionnaires.

Conservation des droits de l'actionnaire empêché. — L'article 1er, al. 2, du décret-loi de 1935 exige qu'un délai d'au moins quinze jours soit réservé aux actionnaires pour souscrire. C'était beaucoup par rapport aux délais précédemment accordés (deux ou trois jours parfois). Cela devint insuffisant en période de guerre.

Un décret-loi du 29 novembre 1939 (art. 15) fit passer le minimum de quinze jours à un mois; même alors, il apparut bientôt qu'en raison des circonstances un certain nombre de personnes étaient dans l'impossibilité, soit de souscrire, soit de le faire dans les délais voulus (prisonniers, déportés, Français résidant à l'étranger ou dans une zone autre que celle du lieu de l'émission).

Beaucoup de sociétés prirent des mesures pour réserver les droits de leurs actionnaires empêchés, par suite des circonstances résultant de l'état de guerre, de participer aux augmentations de capital. La loi du 14 août 1941 rend obligatoire cette pratique.

Conservation des droits de l'Etat actionnaire. — D'autre part, l'article 76 de la loi de Finances du 31 décembre 1945 exige que les sociétés prennent les mesures nécessaires pour que l'Etat, lorsqu'il est attributaire d'actions en vertu de l'ordonnance du 13 août 1945, puisse participer aux augmentations de capital par voie de souscription d'actions réalisées entre le 4 juin 1945 et le 18 février 1946. Là encore il a fallu édicter des mesures de faveur.

Participations réciproques. — En outre, le droit préférentiel de souscription comporte un régime spécial au cas de participation réciproque entre sociétés depuis que la loi du 4 mars 1943 a interdit aux sociétés anonymes les participations réciproques importantes.

13. Problèmes de droit civil et fiscal. — Enfin, l'exercice du droit préférentiel de souscription fait entrer une valeur dans le patrimoine du souscripteur et pose, de ce fait, des problèmes civils et fiscaux.

Qui exercera ce droit : le nu propriétaire ou l'usufruitier ?

A qui ira l'action nouvelle : au patrimoine propre des époux ou à la communauté ?

Quel sera le sort, au regard de l'ordonnance du 15 août 1945, des actions acquises depuis le 1er janvier 1940 à la suite d'une souscription à une augmentation de capital ?

Telles sont les difficultés actuelles soulevées par le droit préférentiel de souscription; ce sont ces difficultés que nous allons étudier :

Section I : *Mesures de faveur accordées pour l'exercice du droit préférentiel de souscription.*

Section II : *Du droit préférentiel de souscription au cas de participation réciproque entre sociétés.*

Section III : *Effets civils et fiscaux du droit préférentiel de souscription.*

SECTION PREMIERE

MESURES DE FAVEUR ACCORDEES POUR L'EXERCICE DU DROIT PREFERENTIEL DE SOUSCRIPTION

14. Division. — Le législateur accorde des mesures de faveur pour l'exercice de leur droit préférentiel de souscription, d'une part, aux personnes empêchées, et, d'autre part, à l'Etat attributaire d'actions en vertu de l'ordonnance du 15 août 1945. C'est ce qu'on peut appeler les hypothèses de droits réservés.

15. Distinction du titre irréductible et du titre réductible. — Avant d'étudier les mesures de faveur accordées pour l'exercice du droit préférentiel de souscription, il nous paraît utile de montrer par un exemple chiffré comment s'exerce ce droit.

Supposons une société au capital de 1 million de francs divisé en 1.000 actions d'un montant nominal de 1.000 francs chacune. Cette société procède à une augmentation de capital par l'émission de 1.000 actions d'un montant nominal de 1.000 francs.

Titre irréductible. — Le décret-loi du 8 août 1935 accorde aux actionnaires, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions nouvelles. Par conséquent, dans notre exemple, le propriétaire d'une action ancienne a droit de souscrire à une action nouvelle : cette souscription minimum, à laquelle chaque propriétaire d'action ancienne a droit, s'appelle la souscription à titre irréductible.

Lorsque tous les actionnaires anciens souscrivent toutes les actions auxquelles ils ont droit, exercent la plénitude de leurs droits, la souscription à titre irréductible absorbe toutes les actions nouvellement émises.

Titre réductible. — Mais il est possible que certains actionnaires ne souscrivent pas et ne vendent pas leurs droits, soit par négligence, soit parce que, malgré la publicité faite par la société, ils n'ont pas eu connaissance de l'augmentation de capital. Les droits préférentiels de souscription à titre irréductible sont alors perdus. Les actions non souscrites doivent être réservées par préférence aux autres actionnaires de la société. En effet, certains actionnaires, prévoyant qu'il y aurait un reliquat d'actions et désireux de les acquérir, ont procédé à une double souscription :

— à titre irréductible d'abord, afin de recevoir le minimum d'actions auquel ils ont droit;

— à titre réductible ensuite, dans la mesure où il y aurait un reliquat d'actions.

Si un actionnaire possède 200 actions anciennes, il a droit à 200 actions nouvelles.

S'il désire en acquérir 300, il souscrit :

1° à titre irréductible à 200 actions;

2° et à titre réductible à 100 actions.

Il est sûr de recevoir 200 actions nouvelles. Pour qu'il reçoive 100 autres actions, il faut qu'après la souscription à titre irréductible de tous les actionnaires il reste un reliquat d'actions suffisant. Le reliquat est distribué aux actionnaires proportionnelle-

ment à leur part dans le capital et dans la limite de leurs demandes (art. 4 du décret-loi du 8 août 1935).

16. Répartition du titre réductible. — Reprenons l'exemple précédent et supposons qu'*après la souscription à titre irréductible* il reste 200 actions nouvelles non souscrites.

Les actionnaires A, B et C ont fait une demande de souscription à titre réductible :

A, propriétaire de 100 actions anciennes, souscrit, à titre réductible, à 20 actions nouvelles.

B, propriétaire de 200 actions anciennes, souscrit, à titre réductible, à 150 actions nouvelles.

C, propriétaire de 100 actions anciennes, souscrit, à titre réductible, à 70 actions nouvelles.

Le solde disponible de 200 actions pour 400 actions anciennes représente une proportion de 1 à 2.

Première répartition. — A, propriétaire de 100 actions anciennes, a droit, en conséquence, à 50 actions. Il ne demande que 20 actions. Il reste 30 actions (50 — 20).

B, propriétaire de 200 actions anciennes, a droit à 100 actions. Il demande 150 actions. Il lui manque 50 actions (150 — 100).

C, propriétaire de 100 actions anciennes, a droit à 50 actions. Il demande 70 actions. Il lui manque 20 actions (70 — 50).

Seconde répartition. — Après la première répartition, il reste 30 actions, non souscrites par A. Ces actions sont partagées entre B et C, propriétaires, à eux deux, de 300 actions anciennes, dans une proportion de 1 à 10.

B demande encore 50 actions. Il est propriétaire de 200 actions anciennes. Il ne recevra que 20 actions nouvelles.

C demande encore 70 actions. Il est propriétaire de 100 actions anciennes. Il ne recevra que 10 actions nouvelles.

En définitive, les actions souscrites à titre réductible se répartissent comme suit :

— A réclamait 20 actions : il les reçoit;

— B réclamait 150 actions : il n'en reçoit que 120 (100 + 20);

— C réclamait 70 actions : il n'en reçoit que 60 (50 + 10).

§ 1er. — *De la réserve du droit préférentiel de souscription des personnes empêchées.*

(Loi du 14 août 1941) (2).

17. Droit minimum de l'actionnaire empêché (*Titre irréductible*). — La loi du 14 août 1941 pose une règle qu'elle considère comme un minimum de protection vis-à-vis des actionnaires empêchés et laisse une très grande liberté d'application aux sociétés. Il faut que toute personne empêchée de souscrire « par suite des circonstances résultant de l'état de guerre » (3) puisse obtenir, au prix d'émission, le nombre de titres correspondant au moins à ses droits de souscription à titre irréductible.

Les sociétés doivent prendre « toutes mesures » pour atteindre ce but, même en violant toutes dispositions légales concernant le principe de l'égalité entre actionnaires ou toutes dispositions contractuelles contraires. Elles ne devront tenir compte que des règles relatives à la souscription et à la libération du capital social.

18. Délais d'application de la loi de 1941. — La loi du 14 août 1941 est une loi temporaire à un double point de vue. En effet :

1° Les sociétés doivent réserver les droits des actionnaires empêchés de souscrire « par suite de circonstances résultant de l'état de guerre ».

2° Les actionnaires empêchés doivent exercer leur droit de souscription « dans un délai de six mois à compter de la date de cessation légale des hostilités ».

L'article 1er de la loi du 10 mai 1946 fixe au 1er juin 1946 la date de cessation légale des hostilités.

Mais l'article 2 proroge de six mois à compter du 1er juin 1946 « l'application des dispositions » de textes énumérés en un état A joint à la loi. Parmi les textes figurant à l'état A se trouve la loi du 14 août 1941.

(2) Sur la loi du 14 août 1941, consulter notamment les articles de : Ripert, *Revue générale de droit commercial*, 1941, p. 477 et suiv.; Charron, *Journal des notaires*, 1942, p. 145 et suiv.; Chambaz, *Journ. soc.*, 1941, p. 385 et suiv.; Percerou, A. N. S. A., déc. 1941, n° 45.

(3) L'unanimité de la doctrine s'accorde à donner une interprétation large à ces mots.

La combinaison des lois de 1941 et de 1946 pose deux problèmes de date (4). Quelle est la date extrême :

1° de la réserve, *par la société*, du droit des actionnaires empêchés?

2° de l'exercice, *par les actionnaires empêchés*, de leur droit de souscription?

Réserve des droits par la société. — L'article 2 de la loi du 10 mai 1946 proroge, pour une durée de six mois à compter du 1er juin 1946, « les dispositions » de la loi du 14 août 1941.

Par conséquent, un actionnaire peut demander à être considéré comme empêché de souscrire à une augmentation de capital réalisée entre le 1er juin et le 1er décembre 1946 (5).

En va-t-il de même pour une augmentation de capital réalisée entre le 1er décembre 1946 et le 1er juin 1947 ? Nous ne le croyons pas. La loi de 1941 s'applique aux actionnaires empêchés de souscrire « par suite de circonstances résultant de l'état de guerre ». L'état de guerre, au regard de la loi de 1941, a cessé le 1er décembre 1946. Un actionnaire ne peut donc plus invoquer, pour une augmentation de capital réalisée après cette date, un empêchement « résultant de l'état de guerre » (6).

Du reste, comme le remarque très justement M. Laborde-Lacoste, une augmentation de capital réalisée le 1er juin 1947 servirait de date extrême : à la société, pour réserver les droits des actionnaires empêchés, et à l'actionnaire empêché, pour exercer son droit. Comment, dès lors, la société procéderait-elle aux formalités de l'augmentation de capital sans violer les délais légaux?

Exercice des droits par les actionnaires. — Un second problème se pose : quelle est la date extrême accordée aux actionnaires pour exercer leur droit? La loi de 1941 accorde aux actionnaires empêchés un délai de six mois « à compter de la date de cessation légale des hostilités » pour exercer leur droit.

La loi de 1946 ayant prorogé de six mois à compter du 1er juin 1946 les dispositions de la loi de 1941, le droit de souscription des actionnaires empêchés doit être exercé entre le 1er décembre 1946 et le 1er juin 1947 (7).

(4) M. Laborde-Lacoste, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux, a bien voulu nous communiquer des documents personnels sur ces questions. Nous l'en remercions vivement.

(5) M. Laborde-Lacoste est de cet avis. Dans le même sens : Joly, *Dictionnaire du Droit des Sociétés anonymes*, « Augmentation de Capital », n° 17.

(6) V. Joly, *op. cit.*

(7) En ce sens, Laborde-Lacoste et Joly, *op. cit.*

En résumé :

— La société doit réserver le droit des actionnaires empêchés de souscrire aux augmentations de capital réalisées avant le 1er décembre 1946.

— Les actionnaires empêchés ont jusqu'au 1er juin 1947 pour exercer leur droit de souscription afférent aux augmentations de capital antérieures au 1er décembre 1946.

Pour se conformer aux prescriptions de la loi du 14 août 1941, les sociétés ont employé, avec des modalités diverses (8), deux procédés :

I. Le procédé de la souscription provisoire.

II. Le procédé de l'émission nouvelle.

I. — *PROCEDE DE LA SOUSCRIPTION PROVISOIRE*

19. Modalités d'attribution d'actions aux actionnaires empêchés. — Le procédé s'applique en trois temps :

Premier temps. — Deux cas sont à envisager :

a) La société fait renoncer les actionnaires à leur droit de souscription à titre réductible et reçoit les souscriptions à titre irréductible pendant le délai d'un mois.

b) Ou bien la société reçoit simplement les souscriptions à titre irréductible, sans faire renoncer les actionnaires à la souscription à titre réductible.

Deuxième temps. — La société fait souscrire par un tiers, appelé souscripteur provisoire (banque, groupe d'actionnaires, autre société, etc.), les actions restantes.

Troisième temps. — Entre le 1er décembre 1946 et le 1er juin 1947, le souscripteur provisoire délivre :

a) Dans le premier cas : les actions revenant à titre irréductible aux actionnaires empêchés de souscrire lors de l'émission.

b) Dans le deuxième cas : les actions revenant à titre irréductible aux actionnaires empêchés de souscrire lors de l'émission et, en plus, les actions revenant à titre réductible aux actionnaires empêchés ou non.

20. Leurs difficultés. — La loi du 14 août 1941 crée une notion nouvelle : celle de souscription provisoire. Il nous faut préciser sa nature juridique.

(8) Cf. Charron, *Journal des notaires*, 1942, p. 151 et 152.

Nous examinerons également la question de savoir si un souscripteur provisoire peut exercer le droit de souscription des actions en cas de nouvelle augmentation de capital.

Nous devrons nous demander enfin si l'intervention d'un souscripteur provisoire à une augmentation de capital ne doit pas être soumise à des formalités particulières au cas de suppression du droit de souscription à titre réductible et au cas d'attribution au souscripteur provisoire du solde d'actions non réclamées.

Nous allons étudier :

A. Nature juridique de la souscription provisoire.

B. Situation du souscripteur provisoire au regard d'une émission nouvelle.

C. Suppression du droit de souscription à titre réductible.

D. Attribution au souscripteur provisoire du solde d'actions non réclamées.

A. — NATURE JURIDIQUE DE LA SOUSCRIPTION PROVISOIRE

21. Stipulation pour autrui. — M. Chambaz (9) et M. Charron (10) apparentent la souscription provisoire à la stipulation pour autrui : comme dans la stipulation pour autrui, le souscripteur provisoire (promettant) est lié par contrat vis-à-vis de la société émettrice (stipulant) : il s'engage à remettre les actions aux actionnaires empêchés (bénéficiaires).

Mais la souscription provisoire offre deux différences avec la stipulation pour autrui : la société émettrice (stipulant) ne stipule pas d'abord pour elle et accessoirement pour le bénéficiaire (actionnaire empêché) (11). L'opération est faite principalement dans l'intérêt de l'actionnaire empêché.

Par ailleurs, dans la stipulation pour autrui, le bénéficiaire a une créance propre et directe. Au contraire, la loi de 1941 (article 2 *in fine*) semble faire produire au droit de propriété de l'actionnaire empêché un effet rétroactif. Il stipule en effet que les actions remises au souscripteur provisoire doivent bénéficier des mêmes droits et supporter les mêmes charges que si elles avaient été, dès l'origine, mises à leur disposition.

(9) Chambaz, *op. cit.*, p. 391.
(10) Charron, *op. cit.*, p. 154.
(11) Josserand, *Cours de droit civil*, 3e éd., t. II, nos 302 et 1444.

22. Retrait. — M. Ripert [12] considère la souscription provisoire comme une opération de retrait. Le retrait a pour effet de mettre le retrayant rétroactivement à la place du retrayé. Mais, avant que le retrait soit effectué, le retrayé (souscripteur provisoire) devient propriétaire des titres.

Cette conséquence du retrait nous paraît exacte dans le cas où il a été stipulé que les actions non réclamées lors du dénouement de la souscription provisoire resteraient la propriété du souscripteur provisoire. Mais comment considérer le souscripteur provisoire comme propriétaire lorsqu'il a été stipulé, au contraire, que les actions non réclamées ne resteraient pas sa propriété?

23. Solution alternative. — Il nous paraît nécessaire de distinguer suivant les clauses du contrat qui lie le souscripteur provisoire et la société émettrice. Ce contrat stipule :

— soit que le souscripteur provisoire restera propriétaire des actions non réclamées au dénouement de la souscription provisoire;

— soit qu'il n'en restera pas propriétaire [13].

a) Le souscripteur provisoire restera propriétaire des actions non réclamées au dénouement de la souscription : le souscripteur provisoire est alors propriétaire des actions sous *condition résolutoire* de l'exercice de son droit par l'actionnaire empêché [14]. Le souscripteur définitif est propriétaire sous condition suspensive.

Si l'actionnaire empêché ne réclame pas ses actions, la condition est défaillie : le droit de propriété du souscripteur provisoire est consolidé.

Si l'actionnaire empêché réclame ses actions, la condition est accomplie : le droit de propriété du souscripteur provisoire disparaît rétroactivement. Seuls les actes d'administration qu'il a faits sont maintenus.

b) Le souscripteur provisoire ne restera pas propriétaire des actions non réclamées au dénouement de la souscription : le souscripteur provisoire ne peut donc être considéré à aucun moment

(12) Ripert, *op. cit.*, p. 486.

(13) En cas de silence du contrat sur ce point, le solde d'actions non réclamées devrait être remis à la société : le souscripteur provisoire ne saurait changer, sans l'assentiment de la société émettrice, sa souscription provisoire en souscription définitive.

(14) En ce sens, A.N.S.A., déc. 1945, *L'impôt de solidarité applicable aux sociétés et aux porteurs de valeurs mobilières*, p. 22.

comme propriétaire. Il agit alors pour le compte de l'actionnaire empêché. C'est un *gérant d'affaires*.

La souscription provisoire ne peut être ramenée, semble-t-il, à une notion juridique unique. Elle est fonction des clauses du contrat entre le souscripteur provisoire et la société émettrice. Selon ces clauses, elle est, soit un droit de propriété sous condition résolutoire, soit une gestion d'affaires.

Le souscripteur provisoire agit, avant le dénouement de la souscription provisoire, comme un actionnaire : il doit verser le montant de la souscription, il prend part aux votes, etc. Mais peut-il exercer tous les droits de l'actionnaire ? Peut-il notamment souscrire à une nouvelle augmentation de capital ?

B. — SITUATION DU SOUSCRIPTEUR PROVISOIRE AU REGARD D'UNE EMISSION NOUVELLE

24. Syndicat de garantie. — Une société procède en 1942 à une augmentation de capital par appel d'argent frais. Le droit des actionnaires empêchés est réservé par le procédé de la souscription provisoire. Cette société peut-elle effectuer, en 1944 par exemple, c'est-à-dire avant le dénouement de la souscription provisoire, une nouvelle émission d'actions? Dans l'affirmative, le souscripteur provisoire des actions émises en 1942 peut-il exercer le droit de souscription de ces actions dans l'augmentation de capital réalisée en 1944?

Pour effectuer une augmentation de capital en 1944, il faut connaître le nombre d'actions anciennes. On ne peut, sans cela, conserver le droit préférentiel de souscription de ces actions. L'augmentation de capital en 1944 n'est donc possible que dans la mesure où l'augmentation de capital réalisée en 1942 est garantie par un syndicat d'émission. On est alors certain que toutes les actions émises en 1942 seront souscrites.

S'il n'y a pas intervention d'un syndicat d'émission, on ne peut connaître le nombre d'actions de la société : les actionnaires empêchés ne réclameront peut-être pas les actions auxquelles ils ont droit, et celles-ci peuvent ne pas être souscrites par le public. Il faut alors faire renoncer les actionnaires à leur droit préférentiel de souscription.

25. Double option. — Supposons garantie l'augmentation de capital réalisée en 1942 : les actions émises en 1942 donnent un

droit préférentiel de souscription à l'augmentation de capital réalisée en 1944. Le souscripteur provisoire peut-il exercer ce droit?

S'il est propriétaire sous condition résolutoire, le souscripteur provisoire ne peut pas souscrire à l'augmentation de capital réalisée en 1944 : sa souscription ne pourrait avoir lieu que sous condition résolutoire. Le principe de la souscription intégrale du capital social serait alors méconnu (art. 1er al. 2 et art. 24 de la loi de 1867) (15).

S'il est gérant d'affaires, le souscripteur provisoire ne peut pas souscrire non plus : en effet, au dénouement de la souscription provisoire, l'actionnaire empêché a une option : il peut souscrire ou vendre son droit de souscription. Supposons que le souscripteur provisoire souscrive en 1944. L'actionnaire empêché conserve son option dans l'augmentation de capital de 1942; mais il perd cette option dans l'augmentation de capital de 1944 : Il doit recevoir les titres émis. Il ne peut plus vendre son droit de souscription qui a été utilisé en ses lieu et place par le souscripteur provisoire. Or l'option de l'actionnaire empêché doit pouvoir être exercée dans les deux augmentations de capital.

Il est évident que, si l'actionnaire empêché ne réclame pas les actions auxquelles il a droit dans l'augmentation de capital de 1942, il ne peut prendre part à l'augmentation de capital de 1944 : il n'a aucun droit préférentiel de souscription à faire valoir.

26. Double souscription provisoire. — Il faut donc qu'en 1944 intervienne un nouveau souscripteur provisoire : il conserve le droit préférentiel de souscription des propriétaires d'actions émises en 1942. Le souscripteur provisoire de 1944 peut être la même personne morale ou physique que celle intervenue en 1942. Mais elle agit alors non pas en qualité d'actionnaire, mais en qualité de nouveau souscripteur provisoire. Elle est souscripteur provisoire à deux échelons.

La règle de la double option et de la double souscription provisoire comporte une exception :

Lorsque l'augmentation de capital est réalisée entre le 1er décembre 1946 et le 1er juin 1947, nous avons vu (voir n° 19) que le droit des actionnaires empêchés n'est plus conservé. La double option des actionnaires empêchés ne joue plus et le souscripteur

(15) Le souscripteur provisoire pourrait vendre, sous condition résolutoire, le droit de souscription. Il est peu probable qu'il trouve des acquéreurs.

provisoire ne peut donc plus se voir opposer les dispositions de la loi du 14 août 1941. Il peut valablement souscrire ou vendre le droit de souscription.

La situation de l'actionnaire empêché peut être résumée dans le tableau suivant :

Augmentation de capital.		
En 1942	En 1944	Du 1er décembre 1946 au 1er juin 1947.
Non-souscription.	Non-participation.	Non-participation.
Souscription.	Option { souscription ou vente du droit.	Non-option.

C. — SUPPRESSION DU DROIT DE SOUSCRIPTION A TITRE REDUCTIBLE
(Art. 5 à 7 du décret-loi du 8 août 1935.)

27. Procédure dérogatoire au droit de souscription. — Lorsqu'il y a suppression du droit de souscription à titre réductible et attribution des actions non souscrites à titre irréductible au souscripteur provisoire, le principe posé par le décret-loi du 8 août 1935 est-il méconnu? Faut-il employer la procédure dérogatoire instituée par les articles 5 à 7 de ce décret-loi?

Cette procédure consiste en un double rapport du conseil d'administration et des commissaires précédant la décision de suppression prise par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires.

28. Suppression provisoire du droit de souscription. — Il faut distinguer selon qu'il y a suppression provisoire ou définitive du droit de souscription à titre réductible :

Soit une société dont le capital social est divisé en 1.000 actions de 1.000 francs chacune. Elle émet 1.000 actions nouvelles. Les propriétaires de 600 actions anciennes souscrivent à titre irréductible à 450 actions nouvelles et à titre réductible à 300 actions. La société remet à ces actionnaires les 450 actions qui leur reviennent à titre irréductible et fait souscrire les 550 actions de surplus par un souscripteur provisoire.

Les 450 actions souscrites à titre irréductible par les actionnaires non empêchés leur sont distribuées immédiatement.

Quant aux actions souscrites à titre réductible, ils ne les reçoi-

vent qu'ultérieurement : il faut que les actionnaires empêchés aient exercé au préalable leur droit de souscription à titre irréductible.

Il y a, dans ce cas, suppression provisoire du droit de souscription à titre réductible des actionnaires non empêchés, puisqu'ils ne reçoivent pas immédiatement les actions souscrites à ce titre.

Procédure inutile. — Au cas de suppression provisoire, de suspension du droit, il ne nous semble pas que les formalités des articles 5 à 7 du décret-loi de 1935 soient nécessaires (16).

En effet, le droit de souscription à titre réductible pourra être exercé dans sa plénitude par les actionnaires, empêchés ou non ; seulement, cet exercice n'aura lieu qu'ultérieurement.

29. Suppression définitive. — Il y a, au contraire, suppression définitive du droit de souscription à titre réductible lorsque les actions disponibles, après exercice de leur droit préférentiel de souscription à titre irréductible par les actionnaires empêchés, sont attribuées automatiquement au souscripteur provisoire qui en devient propriétaire.

Procédure nécessaire. — Lorsqu'il y a suppression définitive du droit de souscription à titre réductible, il faut appliquer les prescriptions des articles 5 à 7 du décret-loi de 1935 (17).

En effet, la loi de 1941 est une loi de circonstance qui doit se combiner avec les lois antérieures. Cette loi tolère simplement une rupture d'égalité entre actionnaires : c'est ce qui a lieu lorsque la souscription à titre réductible est conservée aux actionnaires non empêchés et supprimée aux actionnaires empêchés.

Mais la loi ne dit nulle part que ce droit peut être supprimé sans que l'on observe les formalités exigées pour cette suppression par les lois antérieures. Il faut donc appliquer les règles déjà formulées en la matière et notamment employer la procédure dérogatoire prévue par les articles 5 à 7 du décret-loi de 1935 pour le cas de suppression totale ou partielle du droit préférentiel de souscription à titre réductible.

Mais, au cas de suppression *définitive* du droit de souscription à titre réductible, n'y a-t-il pas lieu de procéder à une formalité supplémentaire ?

(16) Dans le même sens : Percerou, A.N.S.A., *op. cit.*, p. 12; Chambaz, *op. cit.*, p 400., note 10; Ripert, *op. cit.*, n° 12, p. 488.

(17) En ce sens, Percerou, *op. cit.*, p. 12. *Contra*, Ripert, n° 12, p. 488.

D. — ATTRIBUTION AU SOUSCRIPTEUR PROVISOIRE DU SOLDE D'ACTIONS NON RECLAMEES (Art. 4 de la loi du 24 juillet 1867.)

30. Procédure de vérification des avantages particuliers. — Lorsqu'il y a suppression du droit préférentiel de souscription à titre réductible avec convention que le souscripteur provisoire gardera le reliquat des actions non réclamées dans les délais, un second problème se pose : le souscripteur provisoire n'obtient-il pas ainsi un avantage particulier soumis à la procédure de vérification et d'approbation réglementée par l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867?

Souscripteur non actionnaire. — L'article 4 ne vise que le cas où l'avantage particulier est accordé à un actionnaire. Mais, étant donné l'absence de jurisprudence et les avis divergents de la doctrine (18) en la matière, il serait prudent de procéder à la vérification de l'avantage, que le souscripteur provisoire soit actionnaire ou non.

Superposition de formalités. — Il faut remarquer que cette formalité s'ajoute à celle sus-indiquée, prévue aux articles 5 à 7 du décret-loi du 8 août 1935. Mais l'emploi de l'une n'est pas exclusif de l'emploi de l'autre (19). Deux assemblées doivent donc être réunies :

La première, après rapport du conseil d'administration et des commissaires aux comptes, autorise la suppression du droit préférentiel de souscription à titre réductible et nomme les commissaires vérificateurs : c'est la nouvelle procédure instituée par le décret-loi du 8 août 1935.

La seconde, après rapport des commissaires aux comptes, approuve l'avantage particulier : c'est la procédure classique de la loi du 24 juillet 1867.

31. Date de la vérification. — A quel moment doit avoir lieu la vérification de l'avantage particulier?

Dénouement de la souscription provisoire. — Un jugement du tribunal de commerce de la Seine (20) répond à cette question. Il considère que cette approbation ne peut avoir lieu au moment

(18) Houpin et Bosvieux, *Suppl.*, p. 135, note 2, avec les références.
(19) Houpin et Bosvieux, *Suppl.*, p. 135. — Pas de jurisprudence, à notre connaissance, sur ce point.
(20) Trib. comm. Seine, 14 janv. 1944; *Gaz. Pal.*, 5 mai 1944.

où l'assemblée générale des actionnaires décide l'augmentation de capital : il n'est pas encore certain qu'il y ait un reliquat d'actions et que le souscripteur provisoire devienne souscripteur définitif.

Cette approbation ne peut avoir lieu que lorsque l'attribution définitive au souscripteur provisoire des actions non réclamées a été effectuée, c'est-à-dire au dénouement de la souscription provisoire. C'est alors seulement que « l'existence et l'importance » de cet avantage pourront être vérifiées.

Formation de la souscription provisoire. — Ce jugement nous paraît soulever l'objection suivante : il considère que l'avantage particulier n'existera qu'au dénouement de la souscription provisoire. Nous croyons au contraire qu'il existe dès la formation de celle-ci. Nous avons vu en effet que le souscripteur provisoire est propriétaire des actions sous condition résolutoire, dès la formation de la souscription provisoire. L'avantage particulier prend naissance en même temps que le droit de propriété. L'existence et l'importance de l'avantage particulier sont affectées de la même condition résolutoire que le droit de propriété : ils dépendent de la demande de tout ou partie de leurs actions par les actionnaires empêchés.

La procédure prévue par l'article 4 de la loi de 1867 doit donc être appliquée au moment de la formation de la souscription provisoire. Si elle ne l'était qu'au dénouement de la souscription provisoire, l'augmentation de capital ne serait du reste définitivement réalisée qu'à ce moment-là (art. 4 al. 2 de la loi de 1867).

32. Procédure nécessaire. — Ne peut-on pas dire alors, avec M. Percerou [21], que la superposition simultanée des formalités du décret-loi de 1935 et de la loi de 1867 est inutile? Les deux rapports exigés par les articles 5 à 7 du décret-loi de 1935 sont, d'après cet auteur, suffisants pour éclairer les actionnaires et leur permettre de juger si la dérogation apportée aux règles normales de la souscription se trouve justifiée.

Etant donné l'absence de jurisprudence sur ce point et les avis d'une partie de la doctrine [22], il nous paraît plus prudent de procéder à la formalité prévue par la loi de 1867.

Du reste, l'argument de M. Percerou n'est valable qu'autant

(21) Percerou, *op. cit.*, p. 13. Dans le même sens, Joly, *op. cit.*, « Augmentation de capital », n° 17.

(22) Houpin et Bosvieux, *Suppl.* à la 7e éd., p. 135; Joly, *op. cit.*, « Augmentation de capital », n° 25.

qu'il y a superposition simultanée de rapports : les trois rapports doivent avoir lieu lors de la formation de la souscription provisoire. Mais la jurisprudence, comme nous venons de le voir, dissocie les formalités : le troisième rapport, effectué par les commissaires au compte, n'a lieu, d'après elle, qu'au dénouement de la souscription provisoire. Il a donc lieu des mois ou des années après les formalités du décret-loi de 1935. Il reprend alors toute sa valeur.

D'autre part, l'attribution au souscripteur provisoire du solde d'actions non réclamées crée une rupture d'égalité. Lorsqu'elle se produit au détriment des actionnaires empêchés, cette rupture d'égalité est autorisée par la loi de 1941 (art. 1, al. 2). Mais, comme le fait remarquer très justement M. Chambaz[23], elle se produit aussi au détriment de tous les autres bénéficiaires du droit de souscription. Ceux-ci ne tombent pas sous le coup de la loi de 1941; on ne peut leur appliquer cette dérogation au droit commun sans observer les formalités de l'article 4 de la loi de 1867.

En définitive, il nous paraît nécessaire, contrairement à l'avis de M. Percerou mais conformément à celui de la jurisprudence, d'appliquer la formalité de vérification et d'approbation prévue par l'article 4 de la loi de 1867. Nous croyons par contre, contrairement à la jurisprudence, que la formalité doit avoir lieu au moment de la formation de la souscription provisoire et non à son dénouement.

Notre étude sur la souscription provisoire se ramène au tableau suivant :

1° Nature juridique.

a) Souscripteur provisoire propriétaire du solde d'actions non réclamées. Propriétaire sous condition résolutoire.

b) Souscripteur provisoire non propriétaire du solde d'actions non réclamées. Gérant d'affaires.

2° Emission nouvelle.

— Exercice du droit de souscription par le souscripteur provisoire.

— Interdit (double option de l'actionnaire).

— Double souscription provisoire.

3° Suppression du droit de souscription a titre réductible.

a) Suppression définitive : Procédure dérogatoire au droit de souscription (art. 5 à 7 du D.-L. de 1935).

b) Suppression provisoire : Procédure inutile.

4° Attribution au souscripteur provisoire du solde d'actions non réclamées.

— Procédure d'approbation des avantages particuliers (art. 4 de la loi de 1867).

— Dès la formation de la souscription provisoire (jurisprudence en sens contraire).

(23) Chambaz, *op. cit.*, p. 394

II. — *PROCEDE DE L'EMISSION NOUVELLE*

33. Modalités d'attribution d'actions aux actionnaires empêchés. — Si la société ne veut pas faire intervenir un souscripteur provisoire, elle peut employer le procédé de l'émission nouvelle pour réserver les droits des personnes empêchées de souscrire. Ce procédé comporte deux modalités.

Opération unique en deux temps. — La société peut faire une augmentation de capital unique réalisée en deux temps :

— d'une part, au moment où elle est décidée;

— d'autre part, entre le 1er décembre 1946 et le 1er juin 1947.

Le deuxième temps de l'opération est réalisé avec conservation ou suppression du droit de souscription à titre réductible des actionnaires empêchés ou non. S'il y a suppression, il faut alors observer les formalités des articles 5 à 7 du décret-loi du 8 août 1935.

Double opération. — La société peut aussi procéder à deux augmentations de capital. La seconde aura lieu entre le 1er décembre 1946 et le 1er juin 1947.

L'article 4 de la loi du 4 mars 1943 interdit la réalisation d'une augmentation de capital en numéraire tant que le capital ancien n'est pas intégralement libéré. Mais l'alinéa 2 du même article prévoit une exception lorsque l'augmentation de capital est réalisée en application de la loi du 14 août 1941.

34. Société soumise à l'impôt de solidarité. — L'assujettissement d'une société à l'impôt de solidarité apporte-t-il une modification dans l'application du procédé de l'émission nouvelle? La question doit être étudiée dans le cas où la société se libère de son impôt par remise d'actions à l'Etat (voir nos 166 et s.).

Si la société emploie le procédé de l'augmentation de capital unique réalisée en deux temps, l'opération est en cours au moment de la remise des actions à l'Etat. Celui-ci peut y participer, en vertu des dispositions de l'article 46, paragraphe 3, de l'ordonnance du 15 août 1945 (voir n° 37).

Si la société emploie le procédé de la double augmentation de capital, celle-ci a lieu entre le 1er décembre 1946 et le 1er juin 1947. L'Etat peut-il y participer ?

M. Hamel [24] répond par l'affirmative.

Il nous semble cependant que l'Etat ne peut participer à cette augmentation de capital : l'Etat ne peut en effet invoquer l'article 46, paragraphe 3, de l'ordonnance. Cet article s'applique seulement aux augmentations de capital réalisées entre le 4 juin 1945 et le 1er mars 1946, ou en cours à cette date. Notre hypothèse exclut ces deux cas : les deux augmentations de capital, quoique liées, sont en effet distinctes.

L'Etat doit être considéré alors comme un tiers devenu actionnaire après la première augmentation de capital : la décision prise par l'assemblée générale extraordinaire qui a précédé cette première augmentation de capital lui est opposable. L'assemblée ayant réservé la seconde émission aux actionnaires empêchés, l'Etat ne peut donc souscrire.

35. — Inconvénients du procédé. — Le procédé de l'émission nouvelle présente des inconvénients [25].

1° Date et durée de l'exercice du droit de souscription. — Les personnes empêchées ne peuvent pas obtenir quand elles le veulent les actions auxquelles elles ont droit : elles doivent attendre que la société procède à la seconde émission ou au deuxième temps de l'émission unique.

La souscription à cette deuxième émission est ouverte du 1er au 31 mai 1947. Les délais sont les mêmes que dans le cas de souscription provisoire.

Le délai de souscription à une émission d'actions est, d'après le droit commun, de quinze jours (art. 1 al. 2 du D.-L. du 8 août 1935). Le décret-loi du 1er septembre 1939 avait porté ce délai à un mois pendant la durée des hostilités. La loi du 10 mai 1946 a fixé la date de cessation des hostilités au 1er juin 1946. Le droit commun s'applique donc à nouveau et les délais de souscription sont ramenés à quinze jours.

Toutefois, il nous paraît préférable que le délai accordé aux actionnaires empêchés pour exercer leur droit de souscription soit d'un mois : Ils seront ainsi dans la même situation que les actionnaires qui ont participé à la première augmentation de capital ou au premier temps de l'augmentation de capital unique [26].

(24) Hamel, *op. cit.*, p. 255-256.
(25) Percerou, p. 17 et suiv.; Chambaz, p. 409 et suiv.
(26) En ce sens, Chambaz, p. 415, note 24.

2° Valeur différente du droit de souscription lors des deux émissions. — Le droit de souscription n'aura très certainement pas la même valeur lors des deux émissions : il y aura une rupture d'égalité entre les actionnaires non empêchés et empêchés. Cette rupture est autorisée par la loi, mais il vaut toujours mieux l'éviter.

3° Paralysie dans la structure de la société. — Enfin et surtout, la société ne pourra pas modifier sa structure tant que la deuxième émission n'aura pas eu lieu. Comment pourrait-elle procéder, entre les deux émissions, à une fusion ou même à une augmentation de capital?

Le législateur ne semble pas s'être rendu compte des difficultés que soulèvent le procédé de la souscription provisoire et celui de l'émission nouvelle. S'il s'en est rendu compte, il ne les a pas résolues. Il impose quelques limites à l'intérieur desquelles il laisse toute liberté aux sociétés pour réserver les droits des personnes empêchées, par suite de circonstances résultant de l'état de guerre, de participer aux augmentations de capital.

Il y a là une application du principe général qu'il faut faciliter le droit préférentiel de souscription des actionnaires. Ce principe trouve encore une autre application à l'occasion de l'ordonnance du 15 août 1945.

§ 2. — *Du droit préférentiel de souscription de l'Etat attributaire d'actions en vertu de l'ordonnance du 15 août 1945.*

36. Paiement en actions de l'impôt de solidarité. — Les sociétés assujetties à l'impôt de solidarité nationale prévu par l'ordonnance du 15 août 1945 (27) peuvent se libérer du prélèvement auquel elles sont assujetties en remettant à l'Etat et aux sociétés participantes, soumises elles aussi à l'impôt, des actions (et, s'il en existe, des parts de fondateurs ou des parts bénéficiaires) représentant le vingtième du fonds social tel qu'il était au 4 juin 1945. Ces actions et ces parts peuvent n'être remises que le 1er mars 1946 (28).

Moins-value des actions. — Que se passe-t-il lorsqu'une augmentation de capital par apport en espèces a eu lieu entre le 4 juin 1945 et le 1er mars 1946?

(27) V. nos 166 et suiv.

(28) Pour les sociétés ayant leur siège social dans une commune sinistrée, la date limite est reportée au 15 avril 1946 (loi du 14 février 1946, art. 11 al. 2).

Les actions anciennes subissent une moins-value du fait de cette augmentation de capital : La quote-part de réserves à laquelle chaque action a droit se trouve alors diminuée par suite de l'accroissement du nombre d'actions.

L'instruction de l'Administration de l'Enregistrement n° 4687 donne l'exemple chiffré suivant (n° 196, p. 99) :

« Soit une société dont le capital, au 4 juin 1945, était représenté par 20.000 actions de 2.000 francs, cotées chacune 2.600 fr.

» Le 7 août 1945, elle a augmenté son capital de 20.000.000 de francs par voie de souscription en espèces, au pair, de 10.000 actions nouvelles de 2.000 francs.

» Le fonds social avait, au 4 juin 1945, d'après la cotation en bourse des 20.000 actions existant à cette date, une valeur de 52.000.000 de francs.

» Si le règlement du prélèvement exceptionnel de 5 p. 100 avait lieu intégralement en espèces, l'Etat devrait recevoir une somme de :

$$\frac{52.000.000}{20} = 2.600.000 \text{ francs.}$$

» La société désirant se libérer par la remise d'actions à créer par une nouvelle augmentation de capital, c'est l'équivalent en actions de cette somme de 2.600.000 francs qu'il faut rechercher, en tenant compte de la modification résultant de l'augmentation de capital du 7 août 1945.

» La nouvelle valeur du fonds social, après versement des apports en espèces, s'élève à : $52.000.000 + (10.000 \times 2.000)$ = 72.000.000 de francs, et le nombre total des actions, anciennes et nouvelles, est de : $20.000 + 10.000 + x$ (x représentant le nombre d'actions à émettre au profit de l'Etat).

» On en déduit la relation ci-après :

$$\frac{72.000.000}{30.000 + x} \times x = 2.600.000 \text{ francs,}$$

d'où $x = \dfrac{2.600.000 \times 30.000}{72.000.000 - 2.600.000} = 1.123$ actions,

plus une soulte de 91/100 action. »

Compensation de la moins-value. — Aux termes des articles 46 alinéa 3 et 47 alinéa 3 de l'ordonnance, les sociétés imposables devaient verser *en espèces* à l'Etat et aux sociétés participantes la valeur de cette moins-value. On évitait ainsi une évasion fiscale

L'article 76 de la loi de finances du 31 décembre 1945, portant modification de l'article 46 § 3 de l'ordonnance du 15 août

1945, a réglé le droit de l'Etat dans les augmentations de capital par voie de souscriptions réalisées après le 4 juin 1945.

Ce droit de l'Etat n'existe, il faut le souligner, qu'aux deux conditions suivantes :

1° *La société se libère de l'impôt par paiement en actions et non par paiement en espèces.* En cas de paiement en espèces, les droits de l'Etat ne sont pas diminués par une augmentation de capital postérieure au 4 juin 1945. Celle-ci ne modifie pas l'importance du fonds social au 4 juin 1945, date qui sert de base au calcul du prélèvement.

2° *La société a procédé à une augmentation de capital par appel d'argent frais et non par apport en nature.* En cas d'augmentation de capital par apport en nature, l'accroissement du nombre d'actions diminue la quote-part de réserves revenant à chacune, donc la valeur des actions anciennes. Cette moins-value ne peut être réglée que par un paiement en espèces (art. 47, al. 3, *in fine*). L'Etat ne saurait en effet participer à l'augmentation de capital par apport en nature.

37. Droit préférentiel de souscription de l'Etat. — Aux termes du nouvel article 46 § 3, l'Etat peut prendre part aux augmentations de capital par émission d'actions nouvelles qui ont eu lieu entre le 4 juin 1945 et le 18 février 1946, ou en cours à cette date (29). Il doit en manifester l'intention dans les six mois à compter du 18 février 1946, c'est-à-dire avant le 19 août 1946 (30). L'indemnisation se fera donc désormais sous forme d'attribution de titres et non plus sous forme de versement en espèces.

Décision d'augmenter le capital. — Le conseil d'administration ne nous paraît pas avoir les pouvoirs suffisants pour réaliser cette augmentation de capital sans obtenir l'autorisation préalable de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires (31). En effet, l'article 46 § 4 permet au conseil de procéder à une augmentation de capital sans qu'il soit nécessaire d'accomplir les formalités prescrites par la loi. Mais l'article 46 § 4 concerne uniquement le cas où la société procède à l'augmentation de capital « dans le but exclusif de se libérer de l'impôt ». Son application

(29) La loi du 14 février 1946 a repoussé la date limite du paiement de l'impôt au 1er mars 1946. C'est cette dernière date qui, semble-t-il, doit être prise ici en considération.

(30) La loi du 14 février 1946 semble avoir implicitement repoussé cette date au 1er septembre 1946.

(31) *Contra*, A.N.S.A., *op. cit.*, p. 49.

ne saurait être étendue au cas qui nous occupe. Il ne s'agit plus alors de libération d'impôt, mais de compensation de moins-value.

Comparaison avec l'actionnaire empêché. — La situation de l'Etat est voisine de celle, précédemment étudiée, où un actionnaire est empêché de souscrire à une augmentation de capital par suite de circonstances résultant de l'état de guerre. Dans les deux hypothèses, il y a réserve des droits de souscription.

Mais, ici, l'actionnaire empêché de souscrire n'est pas n'importe quel actionnaire : c'est l'Etat.

L'empêchement ne vient pas de circonstances résultant de l'état de guerre : il vient du fait que les titres remis au 1er mars 1946 donnent rétroactivement jouissance à compter du 4 juin 1945.

Dans le cas de l'actionnaire empêché, la société a le choix entre deux moyens de protection : souscription provisoire ou émission nouvelle. Quand il s'agit de l'Etat, l'option n'existe pas. Il n'y a qu'un seul moyen de protection : l'émission nouvelle (art. 46, § 3 nouveau). En effet, les sociétés ne sont pas obligées de remettre des titres à l'Etat en paiement de leur impôt. Et même, si elles lui remettent des titres, on ne peut en connaître le nombre à l'avance. L'emploi du procédé de la souscription provisoire est donc impossible pour conserver les droits de l'Etat dans les augmentations de capital réalisées avant la remise effective des actions (32).

38. Interdiction de la vente des droits. — L'actionnaire a une option entre souscrire ou céder son droit de souscription. En est-il de même pour l'Etat dans le cas qui nous occupe?

Utilité de l'option. — Le rendement fiscal exige que l'Etat puisse vendre son droit de souscription, car il semble peu probable qu'il l'exerce : il serait assez paradoxal en effet qu'un impôt ait pour résultat de faire décaisser des fonds à l'Etat, quand bien même on remettrait à celui-ci l'équivalent de ces fonds sous forme d'actions. Le problème s'est déjà posé pour l'Etat belge (33), lors

(32) Le procédé de la souscription provisoire aurait pu être employé pour les augmentations de capital postérieures au 18 août 1945 si le projet de l'ordonnance avait été adopté : le paiement de l'impôt ne pouvait être effectué que par remise d'actions. Le nombre d'actions attribuées à l'Etat aurait donc été connu dès le 18 août 1945. Mais le procédé aurait été inapplicable aux augmentations de capital réalisées entre le 4 juin et le 18 août.

(33) En Belgique, la loi du 17 octobre 1945 a augmenté de 1/20 au profit de l'Etat le nombre des actions émises par les sociétés anonymes avant le 9 octobre 1945.

de l'augmentation de capital de la Société générale de Belgique (Assemblée générale extraordinaire du 18 novembre 1945). Celui-ci a fait une transaction avec la société émettrice : il a renoncé à son droit de souscription moyennant attribution d'un certain nombre de parts de réserves nouvelles.

Non-octroi de l'option (art. 46 § 3 al. 2). — Pourtant, l'article 76 § 3 al. 2 de la loi du 31 décembre 1945 ne semble prévoir que l'*exercice* du droit de souscription *et non sa cession*. En voici la raison :

Le paiement en espèces fait simplement acquérir de l'argent à l'Etat. Le paiement titres lui fait acquérir de l'argent (s'il vend les titres) et un droit de contrôle sur la gestion des sociétés (s'il conserve les titres). Or, le législateur de décembre 1945 — pour des raisons politiques plus que fiscales — souhaitait (et il savait déjà que son souhait serait partiellement réalisé) recevoir le plus d'actions possible.

— Avant la loi du 31 décembre 1945, le pourcentage d'actions attribuées à l'Etat diminuait lorsque la société réalisait une augmentation de capital entre le 4 juin 1945 et la date de remise des actions : la moins-value des actions remises à l'Etat était payée en espèces.

— Depuis la loi du 31 décembre 1945, l'Etat peut prendre part aux augmentations de capital réalisées après le 4 juin 1945. Le pourcentage des actions qu'il reçoit est alors le même que s'il n'y avait pas eu augmentation de capital depuis le 4 juin 1945.

Supposons qu'une société ayant 10.000 actions au 4 juin 1945 crée 10.000 actions nouvelles avant le paiement de l'impôt.

— Avant la loi du 31 décembre 1945, la société rachetait en bourse le vingtième du nombre d'actions existant au 4 juin 1945, soit 500 actions. L'Etat avait donc 5 p. 100 des actions existant au 4 juin 1945 (10.000), mais 2,50 p. 100 seulement des actions existant lors du paiement de l'impôt (20.000). La moins-value des actions était payée en espèces.

— Depuis la loi du 31 décembre 1945, l'Etat peut exercer le droit de souscription des 500 actions qui lui sont remises : il acquiert 500 autres actions. Il a donc ainsi 1.000 actions, soit 5 p. 100 des actions existant lors du paiement de l'impôt (20.000). La moins-value des actions est payée en titres.

Option indirecte (art. 47 al. 3). — Si l'Etat n'exerce pas son droit de souscription, il ne peut pas le vendre. Mais alors l'Etat

supporte-t-il la moins-value des actions qui lui sont remises? Nous ne le pensons pas. En effet, l'article 47 al. 3 de l'ordonnance n'a pas été modifié. En se référant à cet article, l'Etat peut, semble-t-il (34), réclamer une somme équivalente à celle des droits de souscription (35).

Apport de la loi du 31 décembre 1945. — Avant comme après la loi du 31 décembre 1945, il faut tenir compte à l'Etat de la moins-value subie par les actions qu'on lui remet du fait d'une augmentation de capital postérieure au 4 juin 1945. La modification apportée par la loi du 31 décembre 1945 est la suivante :

— Avant cette loi, l'Etat ne pouvait recevoir qu'une indemnité en espèces (art. 47 al. 3), et non en nature (droit de souscription).

— Depuis la loi du 31 décembre 1945, l'Etat a le choix : il peut être indemnisé en espèces, comme par le passé (art. 47 al. 3); il peut demander l'ouverture d'une émission nouvelle (art. 46 § 3 nouveau). Mais l'Etat ne peut pas vendre ses droits de souscription.

L'Administration, sans donner les motifs de sa solution, admet au contraire que l'Etat peut vendre ses droits de souscription (36).

Nous verrons ultérieurement (voir n^{os} 168, 189 et suiv.) que la société imposée choisit le mode de paiement de l'impôt (paiement espèces, paiement titres, paiement combiné).

Nous venons de voir qu'en cas de paiement titres, c'est l'Etat et non la société imposée qui choisit le mode de dédommagement, si les titres ont subi une moins-value causée par une augmentation de capital.

Il y a donc identité d'option pour le mode de paiement de l'impôt et pour le mode de compensation de la moins-value des actions. La société imposée exerce la première option. L'Etat exerce la seconde.

39. Interdiction aux sociétés participantes de souscrire. — Une société A peut avoir comme actionnaire une autre société B. On dit alors que la société B a une participation unilatérale dans la société A. Si, de son côté, la société A était actionnaire de la société B, la participation serait réciproque. Pour simplifier, nous ne nous occuperons ici que des participations unilatérales.

(34) L'article 47 al. 3 est mal rédigé. Il contient une confusion regrettable entre le règlement en espèces et le règlement en titres.

(35) En ce sens : Hamel, *op. cit.*, p. 259 et 260; Joly, *op. cit.*, « Impôt de solidarité », n° 15-3°.

(36) Lettre de la Direction générale de l'Enregistrement à l'A.N.S.A., en date du 30 janvier 1946; A.N.S.A., *L'impôt de solidarité applicable aux sociétés et aux porteurs de valeurs mobilières*, p. 191.

Nous verrons ultérieurement (37) que l'ordonnance du 15 août 1945 prend des mesures pour éviter la superposition d'impôts lorsqu'il y a participation entre deux sociétés soumises l'une et l'autre à l'impôt de solidarité. Elle accorde des avantages à la société participante, de façon que les droits que cette société tient de ses actions ne subissent aucune amputation. Ces avantages consistent, soit en une attribution gratuite d'actions, soit en un paiement en espèces.

Si donc la société participante reçoit des actions, peut-elle invoquer la loi du 31 décembre 1945 pour demander l'ouverture d'une émission nouvelle?

L'Administration (38), sans donner les motifs de sa solution et sous réserve de l'appréciation des tribunaux, répond par l'affirmative.

Omission volontaire. — Nous ne croyons pas pouvoir adopter cette solution. Le nouvel article 46 § 3 al. 2 ne parle que de l'Etat; nous ne pensons pas que l'on puisse étendre cette disposition aux sociétés participantes. En effet, il n'y a pas là un oubli, mais une omission volontaire de la part du législateur :

— L'alinéa 1er de l'article 46 § 3 a, lui aussi, été modifié. Il est spécifié que cet alinéa s'applique à la fois à l'Etat et aux sociétés participantes.

— L'alinéa 2 de l'article 46 § 3 par contre, ne mentionnant que l'Etat, doit être interprété restrictivement. Les sociétés participantes ne peuvent donc pas demander à la société émettrice de procéder à une nouvelle émission d'actions en leur faveur. Et si la société effectue une augmentation de capital au profit de l'Etat, les sociétés participantes ne sauraient exiger y prendre part.

Nous avons vu le but de l'article 46 § 3 al. 2 nouveau (voir n° 38) : Il permet à l'Etat de maintenir inchangé le pourcentage d'actions qu'il reçoit lorsqu'une augmentation de capital a été réalisée entre le 4 juin 1945 et la date de la remise des titres.

Dans la mesure où l'Etat réserve à son profit, à l'exclusion des sociétés participantes, le bénéfice de l'article 46 nouveau, il diminue le pourcentage d'actions détenues par celles-ci. Leur droit de contrôle sur la société imposée diminue également. Celui de l'Etat se trouve donc indirectement augmenté d'autant.

(37) V. nos 191 et suiv.

(38) Lettre précitée à l'A. N. S. A., *op. cit.*, p. 192.

Dédommagement en espèces. — Est-ce à dire que les sociétés participantes doivent recevoir des titres anciens et supporter la moins-value résultant de cette attribution? Nous ne le pensons pas. Les sociétés participantes peuvent se réclamer de l'article 47, § 3, de l'ordonnance. Cet alinéa ne parle que de l'Etat, mais il s'applique aux hypothèses visées à l'alinéa 1er, c'est-à-dire au paiement de l'impôt à l'Etat et au dédommagement des sociétés participantes. L'administration (39) admet du reste cette solution.

Les sociétés participantes n'ont donc pas l'option réservée à l'Etat. Elles ne peuvent être dédommagées qu'en espèces, sauf accord contraire avec la société émettrice.

Si cet accord intervient, un problème nouveau se pose : les sociétés participantes peuvent-elles souscrire dans tous les cas? Leur droit de souscription n'est-il pas supprimé par la loi du 4 mars 1943, lorsque leur participation avec la société émettrice, au lieu d'être unilatérale, comme nous l'avons supposé ici, est réciproque? Nous sommes ainsi amené à traiter la question des participations réciproques.

(39) Instr. 4687, p. 99. — Dans le même sens, Hamel, p. 270.

SECTION II

DU DROIT PREFERENTIEL DE SOUSCRIPTION AU CAS DE PARTICIPATION RECIPROQUE ENTRE SOCIETES (40)

40. Interdiction des participations réciproques importantes. — L'article 8 al. 1er de la loi du 4 mars 1943 pose le principe de l'interdiction aux sociétés anonymes des participations réciproques importantes. Le législateur n'est pas hostile aux participations. Il n'interdit pas l'existence de fortes participations unilatérales. Il admet même les participations réciproques faibles entre sociétés, pourvu qu'elles soient inférieures à 10 p. 100 de leur capital social respectif. Ce qui est visé, c'est donc *l'importance dans la réciprocité de la participation* (41).

41. Leurs dangers. — Les participations réciproques sont dangereuses pour les actionnaires et pour les tiers. Non seulement elles permettent aux sociétés de se contrôler mutuellement par un « verrouillage » et portent ainsi atteinte à la prohibition du vote privilégié, mais surtout elles réalisent une véritable « inflation de capital » et sont contraires au principe de la réalité du capital social (42).

Ce second inconvénient, qui a été pris en considération par le législateur de 1943, est flagrant lorsque deux sociétés qui possèdent une participation réciproque augmentent toutes les deux leur capital.

Prenons un exemple : pour simplifier, nous supposerons une participation réciproque égale entre deux sociétés. Soit une société A, au capital de 20 millions de francs, et une société B, au capital de 10 millions de francs.

(40) Sur la question des participations, consulter : BARATTE, *La réglementation des filiales*, thèse Paris, 1943; MAZEAUD, *Les effets de l'interdiction des participations réciproques sur les acquisitions, les souscriptions et les distributions d'actions* (*Journ. soc.*, 1944, p. 1 et suiv.); BOSVIEUX, *La nouvelle loi du 4 mars* 1943 (*Journ. soc.*, 1943, p. 81 et suiv.); MICHEL,. *Commentaires de la loi du 4 mars* 1943 (*Gaz. Pal.*, 19 mai 1943); PERCEROU, D. crit., 1943, p. 61 et suiv.

(41) Cette interdiction, plus théorique que pratique, peut être tournée par des participations non réciproques entre trois ou plusieurs sociétés. La participation peut également être clandestine : il suffit à l'une des sociétés de n'avoir que des titres au porteur de l'autre société et d'employer une tierce personne comme propriétaire apparent de ces titres (notamment pour encaisser les coupons).

(42) Cf. BARATTE, *op. cit.*, p. 35.

La société A détient pour 5 millions de francs d'actions de la société B, et la société B pour 5 millions de francs d'actions de la société A.

Supposons que les deux sociétés procèdent à une augmentation de capital et doublent leur capital initial. Chacune des sociétés souscrit pour 5 millions de francs d'actions nouvelles de l'autre. Le public souscrit pour 15 millions de francs d'actions nouvelles à l'augmentation de capital de la société A et pour 5 millions à celle de la société B. Il apporte effectivement 20 millions de francs. Les sociétés devraient apporter 10 millions de francs; mais, comme la société A verse 5 millions à la société B, qui elle-même les lui reverse, avec un capital effectif de 5 millions, l'opération est réalisable : on aboutit donc à une augmentation de capital en partie fictive.

42. Moyens de régularisation. — Remarquons que les sociétés peuvent, au moyen d'une augmentation de capital, se mettre en règle avec la loi.

Soit une société A ayant une participation supérieure à 10 % dans une société B, qui, elle-même, a une participation inférieure à 10 % dans la société A. Pour régulariser la situation, il faudrait que la participation de la société A dans la société B devienne inférieure à 10 %. Il suffit, pour cela, que la société B réalise une augmentation de capital par apport en nature ou par appel d'argent frais, à laquelle la société A ne participe pas. La société B peut augmenter ainsi son capital d'un montant suffisant pour que les actions détenues par la société A soient inférieures à 10 % du capital nouveau de la société B. Chacune des participations est donc inférieure à 10 %. La situation est régularisée.

Si, au contraire, la société A réalise une augmentation de capital, la participation réciproque régulière n'est pas supprimée. La participation de la société B diminue, mais celle de la société A reste toujours supérieure à 10 %. On est donc encore dans la situation prohibée par l'article 8. La situation, tout en restant irrégulière, est alors améliorée.

Si les deux sociétés avaient chacune une participation supérieure à 10 % dans le capital de l'autre, il faudrait que l'une et l'autre procèdent à une augmentation de capital de façon que l'une et l'autre abaissent leur participation réciproque en-dessous de 10 %.

Si les sociétés avaient décidé que l'une d'entre elles aliénerait ses actions pour ramener sa participation au-dessous de 10 %, et si, pendant le délai accordé pour aliéner les actions, la situation

irrégulière cesse du fait d'une augmentation de capital par voie d'apport en nature, l'accord intervenu devra être considéré comme nul, puisque les participations ne se trouvent plus dans le cas prévu par l'article 8.

43. Délais de régularisation. — Les sociétés ont un certain délai pour se mettre en règle avec la loi et faire cesser la situation illégale : trois ans à partir de la date de cessation légale des hostilités (1er juin 1946), si la situation à régulariser existe au moment de la mise en vigueur de la loi, et, dans le cas contraire, cinq mois à partir de l'envoi de la lettre recommandée avisant de la prise de participation (art. 8 al. 2).

44. Augmentation de capital pendant le délai de régularisation. — Mais si, dans cet intervalle de trois ans (ou de cinq mois), l'une des sociétés ou toutes les deux procèdent à une augmentation de capital par appel d'argent frais, l'autre société peut-elle souscrire ?

Par ailleurs, un second problème se pose : une société peut-elle souscrire à une augmentation de capital, non plus pour elle-même, mais pour le compte de personnes empêchées, se porter tiers acquéreur au sens de la loi du 14 août 1941 (43) et créer ou aggraver une participation réciproque interdite par l'article 8 ?

§ 1er. — *Souscription d'une société pour son propre compte.*

45. Participation au capital primitif déjà excessive. — Deux sociétés ont une participation réciproque irrégulière. L'une d'entre elles procède à une augmentation de capital par émission d'actions de numéraire pendant le délai de régularisation. L'autre société peut-elle exercer son droit préférentiel de souscription et souscrire à l'émission d'actions, ou doit-elle vendre son droit ? (44).

Le problème est d'importance, étant donné le nombre de sociétés qui devront régulariser leur situation et le nombre d'augmentations de capital qui, depuis 1943, ont été et, surtout, seront réalisées.

Les sociétés peuvent avoir intérêt à souscrire si elles espèrent que la valeur boursière des actions nouvelles aura monté le jour

(43) V. sect. I, nos 17 et suiv.

(44) La remise gratuite des droits préférentiels aux actionnaires de la société, théoriquement possible, serait pratiquement irréalisable : il est, en effet, impossible de connaître tous les actionnaires d'une société quand celle-ci a émis des titres au porteur.

où elles seront obligées de les aliéner pour se mettre en règle avec la loi.

En principe, une société dont 10 % ou plus du capital social est la propriété d'une autre société ne peut, dès qu'elle est avisée, posséder d'actions de cette dernière société.

Puisqu'elle ne peut pas posséder d'actions anciennes, il paraîtrait logique de décider qu'elle ne peut pas acquérir, même en utilisant son droit préférentiel de souscription, des actions nouvelles pendant le délai accordé par la loi pour régulariser sa situation (45).

46. Souscription à titre irréductible. — Nous avons vu (n° 40) que ce qui est interdit par l'article 8, c'est l'importance dans la réciprocité de la participation. Or, si la société utilise son droit préférentiel de souscription à titre irréductible, elle accroît le nombre d'actions qu'elle possède; mais, puisque, corrélativement, le capital social augmente, le pourcentage de sa participation reste inchangé.

Soient deux sociétés A et B ayant une participation réciproque. Le capital social de la société A est divisé en 10.000 actions. La société B en détient 3.000. La société B a donc une participation de 30 % dans le capital social de la société A.

Supposons que la société A émette 10.000 actions nouvelles et que la société B souscrive à titre irréductible. Il est attribué une action nouvelle pour une action ancienne.

Que devient la participation de la société B ? La société B, recevant 3.000 actions nouvelles, est propriétaire de 6.000 actions (3.000 anciennes + 3.000 nouvelles). Comme la société A possède, après l'augmentation de capital, 20.000 actions (10.000 anciennes + 10.000 nouvelles), la participation de la société B est de 6/20, soit 30 %. Le pourcentage de la participation est donc inchangé.

En définitive, la situation irrégulière n'est pas aggravée, elle est maintenue. Or, le législateur n'interdit pas de maintenir les participations irrégulières pendant le délai de trois ans (ou cinq mois). L'usage du droit de souscription à titre irréductible est donc licite pendant ce délai.

La jurisprudence n'a pas eu encore à se prononcer sur la question, mais la majorité de la doctrine est en ce sens (46).

47. Souscription à titre réductible. — Cependant, si la société se servait de son droit de souscription à titre réductible, elle augmenterait le pourcentage de sa participation.

(45) En ce sens, PERCEROU, Dalloz crit., 1943, p. 65.

(46) MAZEAUD, *Journ. soc.*, 1944, p. 86 et suiv.; BARATTE, thèse, p. 143. — Réponse du ministre des Finances à une question de l'A.N.S.A. en date du 15 juillet 1943.

Reprenons le même exemple que précédemment et supposons que la société B reçoive 2.000 actions nouvelles à la suite de sa souscription à titre réductible. La société B est donc propriétaire de 8.000 actions (3.000 actions anciennes + 3.000 actions souscrites à titre irréductible + 2.000 actions souscrites à titre réductible). La société A possédant, après l'augmentation de capital, 20.000 actions, la participation de la société B est de 8/20, soit 40 %. Le pourcentage de la participation est donc augmenté.

En augmentant le pourcentage de sa participation, la société s'enfonce alors dans une situation déjà irrégulière. Rien, dans la loi, ne l'interdit, mais rien ne l'autorise non plus; et le résultat, quelque peu paradoxal, serait contraire à l'esprit de celle-ci. La loi pose le principe de l'interdiction et accorde un délai. Ce délai a pour but de faciliter la régularisation et non l'aggravation de la situation. Tant que la jurisprudence ne se sera pas prononcée sur ce point, les sociétés agiront prudemment en s'abstenant de souscrire à titre réductible.

48. Nécessité de distinguer le titre irréductible et le titre réductible. — M. Mazeaud (47) estime que la société participante peut souscrire aussi bien à titre irréductible qu'à titre réductible. La souscription à titre réductible, quoique étant un droit éventuel, est un droit attaché à l'action ancienne; sa perte équivaudrait à une diminution des droits de l'actionnaire.

Nous ne croyons pas qu'il y ait diminution des droits de l'actionnaire lorsque celui-ci ne souscrit pas à titre réductible. En effet, la souscription à titre irréductible suffit à assurer à l'actionnaire une quote-part dans l'actif social identique à celle qu'il avait avant l'augmentation de capital : s'il avait droit, avant l'augmentation de capital, à 30 % de l'actif social, il a encore droit, après sa souscription à titre irréductible, à 30 % de l'actif social. Par conséquent, la souscription à titre réductible n'est qu'une faveur, un avantage supplémentaire accordé aux actionnaires anciens : plutôt que de faire entrer des actionnaires nouveux dans la société, il vaut mieux faire appel d'abord à ceux qui sont déjà intéressés dans l'affaire.

Du reste, cet avantage, qui permet à l'actionnaire d'accroître ses droits dans la société, disparaît automatiquement lorsque tous les actionnaires anciens réclament les actions auxquelles ils ont droit. L'augmentation de capital est alors intégralement

(47) MAZEAUD, *op. cit.*, p. 88.

absorbée par l'utilisation des droits de souscription à titre irréductible.

Cet avantage doit encore disparaître lorsque l'actionnaire est une société participante qui tombe sous le coup de l'article 8 de la loi du 4 mars 1943. La souscription irréductible maintient les droits de la société participante; sa souscription à titre irréductible augmenterait ces droits, donc la situation irrégulière. Ce résultat serait contraire, comme nous l'avons expliqué, à l'esprit de la loi de 1943.

§ 2. — *Souscription d'une société pour le compte de personnes empêchées.*

49. Possession des actions par la société participante pendant la souscription provisoire. — L'article 8 interdit à une société dont le capital appartient à une autre à concurrence de 10 % de « posséder » des titres de celle-ci. Qu'est-ce que « posséder » ? S'agit-il de posséder à titre de détenteur, auquel cas la société ne pourra pas être tiers souscripteur ? (48).

Il nous paraît plus vraisemblable de dire, avec une partie de la doctrine (49), qu'il s'agit de *possession à titre de propriétaire*. La possession implique l'idée de maîtrise, l'intention de se considérer comme propriétaire, l'*animus domini*. Si le législateur avait voulu interdire la simple détention, il l'aurait dit d'une manière plus explicite et n'aurait pas employé le mot « posséder ».

Une société en situation irrégulière au sens de l'article 8 peut-elle devenir souscripteur provisoire ? Il faut faire une distinction (voir n° 23).

1° La société devient propriétaire des actions sous condition résolutoire. — Dans ce cas, elle ne peut pas souscrire, car sa participation déjà irrégulière serait encore augmentée.

2° La société agit comme un gérant d'affaires. — Elle peut souscrire à titre irréductible et à titre réductible. Elle est détenteur précaire des actions nouvelles, et l'article 8 interdit seulement la possession à titre de propriétaire. Ces actions n'entrent pas en ligne de compte pour le calcul de la participation.

(48) En ce sens, Bosvieux, qui, tout en adoptant cette solution, en déplore le résultat : *Journ. soc.*, 1943, *op. cit.*, p. 22.

(49) Michel, *op. cit.*, *Gaz. Pal.*, 19 mai 1943; A. N. S. A., *Filiales et participations*, p. 9; A. N. S. A., *Commentaire de la loi du 4 mars* 1943, p. 32; Barattte, thèse, p. 132.

50. Attribution à la société participante des actions non réclamées au dénouement de la souscription provisoire. — Souvent le contrat de souscription provisoire contient une clause aux termes de laquelle les titres qui n'auraient pas fait l'objet, en temps utile (c'est-à-dire au 1er juin 1947), de demandes de cessions, resteront la propriété du tiers souscripteur. Quel est le sort de cette clause au regard de l'article 8 ? (50).

Il faut distinguer suivant que la participation irrégulière existe toujours ou a cessé.

1° La participation irrégulière existe toujours. — La demande de cession de titres par les personnes empêchées doit intervenir avant le 1er juin 1947 (51). La survivance à pareille date d'une participation irrégulière implique une participation prise entre le 14 août 1941 et le 4 mars 1943 (qui a du 1er juin 1946 au 1er juin 1949 pour se résorber). Nous avons vu (n° 49-1°) qu'après le 4 mars 1943 une société ne pouvait pas augmenter une participation déjà irrégulière en devenant souscripteur provisoire, c'est-à-dire, en l'occurrence, propriétaire des actions sous condition résolutoire. Si par ailleurs la participation est devenue irrégulière entre le 4 mars 1943 et le 1er décembre 1946 (date limite de l'intervention d'un souscripteur provisoire, voir n° 18), cette participation avait un délai de cinq mois pour se résorber. La question ne peut donc pas se poser dans ces deux dernières hypothèses, mais elle se pose dans la première que nous avons indiquée.

L'application de la clause rendrait la société propriétaire définitive des actions et augmenterait l'importance de sa participation. La situation est analogue à celle de la souscription à titre réductible. Pour les mêmes raisons, elle est à déconseiller.

2° La participation irrégulière n'existe plus. — Cette hypothèse suppose que les sociétés ont régularisé leur situation avant les délais limites impartis par la loi.

Lorsque la participation irrégulière n'existe plus, la clause peut alors s'appliquer, et la société restera propriétaire des titres qui n'auront pas été réclamés par les actionnaires empêchés.

La loi comporte une grave lacune : elle n'oblige pas les sociétés à se prévenir lorsque la situation est régularisée ou lorsque la participation de l'une devient inférieure à 10 % du capital de

(50) Sur la question de savoir s'il y a *avantage particulier* soumis à vérification, voir n° 30 et suiv.

(51) Voir n° 18.

l'autre. Les sociétés devront donc envisager leur participation réciproque au jour de la mise en application de la clause, pour savoir si leur situation est, ou non, irrégulière.

51. Appréciation du régime légal. — Le principe posé par l'article 8 de la loi du 4 mars 1943 est assez souple dans son application.

Il permet à une société qui se trouve dans une situation irrégulière de prendre part à une augmentation de capital dans la mesure où elle maintient, mais n'aggrave pas sa situation; il lui permet également d'être tiers souscripteur et, dans certains cas, de rester propriétaire des actions non réclamées au dénouement de la souscription provisoire.

Nous concluons que sont légales toutes les opérations qui, pendant les délais accordés par la loi, n'augmentent pas le pourcentage de la participation irrégulière.

La question des participations peut se résumer dans le tableau suivant :

PRINCIPE. — Interdiction des participations réciproques importantes.

DÉLAI DE RÉGULARISATION :

1° Situation existant au 1er juin 1946 :
trois ans (1er juin 1946 au 1er juin 1949).

2° Situation créée postérieurement au 1er juin 1946 :
cinq mois (après envoi de lettre recommandée).

PROBLÈME D'UNE AUGMENTATION DE CAPITAL PENDANT LE DÉLAI DE RÉGULARISATION :

1° *Société exclue de la souscription* :
— Capital augmenté. Participation diminuée. Opération licite.

2° *Société admise à la souscription* :
a) *A titre irréductible* :
— Capital augmenté. Participation constante. Opération licite.
b) *A titre réductible* :
— Capital augmenté. Participation augmentée. Opération douteuse.

3° *Société tiers souscripteur* :
a) *Détentrice* (et non propriétaire) des actions. Opération licite.
Exception : Propriétaire sous condition résolutoire. Opération douteuse.
b) *Clause d'acquisition des actions non réclamées* :
— Participation encore irrégulière : Opération douteuse.
— Participation autorisée : Opération licite.

SECTION III

EFFETS CIVILS ET FISCAUX DU DROIT PREFERENTIEL DE SOUSCRIPTION

52. Division. — Le droit préférentiel de souscription représente une valeur patrimoniale. Lorsque plusieurs personnes ont des droits sur l'action ancienne, l'exercice ou la vente du droit de souscription entraîne des difficultés : Qui exerce ce droit ou à qui revient le prix de cession ?

Par ailleurs, quel est le régime fiscal du droit de souscription ?

L'exercice du droit de souscription fait acquérir une action nouvelle. A qui revient cette action lorsque l'action ancienne est soumise à un usufruit ou appartient à un époux ?

Et quelle est la situation de l'action nouvelle vis-à-vis de l'ordonnance du 15 août 1945 ?

Telles sont les principales questions civiles et fiscales que soulève le droit préférentiel de souscription et qu'il nous faut étudier dans les deux paragraphes suivants :

§ 1. Nature juridique du droit préférentiel de souscription. Ses conséquences.

§ 2. Sort de l'action nouvelle.

§ 1er. — *Nature juridique du droit préférentiel de souscription. Ses conséquences.*

I. — *NATURE JURIDIQUE DU DROIT DE SOUSCRIPTION*

53. Démembrement de l'action ancienne. — Le droit de souscription, assimilé tour à tour à un fruit de l'action (52), à un produit (53) ou un sous-produit de l'action (54), est aujourd'hui

(52) Decugis, *Journ. soc.*, 1922, p. 49 et suiv.

(53) Sautai, *L'usufruit des valeurs mobilières*, thèse Paris, 1925, p. 85. *Contra* : Req., 12 juill. 1880, D. P., 1882. 1. 36; Trib. civ. Orléans, 16 mars 1943, *Rev. soc.*, 1944, p. 188.

(54) Dacher, *De la priorité de souscription dans les émissions de titres*, thèse

considéré par la doctrine (55) et la jurisprudence (56) comme un démembrement, une fraction de l'action ancienne, dont il constitue l'accessoire.

Le droit de souscription n'est pas une plus-value donnée à l'action; c'est un « droit compensateur » qui « représente une quote-part de l'actif social, la part des réserves dont vont bénéficier les nouveaux souscripteurs », au détriment des propriétaires d'actions anciennes.

On tire de cette nature juridique du droit de souscription les conséquences civiles et fiscales suivantes :

II. — *CONSEQUENCES CIVILES*

54. Régimes matrimoniaux. — Qui exerce le droit de souscription ? Qui reçoit le prix de cession, si le droit n'est pas exercé ? Le propriétaire de l'action ancienne.

Mais ces questions se compliquent lorsque l'action ancienne appartient à un époux ou lorsque l'action ancienne est soumise à un usufruit.

Qui exerce le droit de souscription lorsque l'action appartient à un époux ?

Séparation de biens. — Sous le régime de la séparation de biens, chaque époux a pleine capacité pour exercer le droit de souscription afférent aux actions qui lui sont propres.

Régime dotal. — Sous le régime dotal, le mari exerce le droit de souscription des actions dotales. Mais les actions nouvelles ne pourront pas toujours être libérées avec des deniers dotaux, car le contrat de mariage auquel il faut se référer apporte généralement des restrictions à l'emploi des deniers dotaux.

Par contre, la femme a la libre disposition de ses biens paraphernaux (art. 1576 C. civ.). C'est donc elle qui exerce le droit de souscription des actions paraphernales.

Paris, 1913, p. 102 et suiv.; Piffre de Vaubon, *Du caractère des actions nouvelles souscrites par une femme mariée en vertu d'un droit de préférence*, thèse Paris, 1928, p. 44.

(55) Ripert, *Cours de droit commercial*, p. 439; Baratin, *Rev. soc.*, 1922, p. 573; Jauffret, *Du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles*, thèse Aix, 1926, p. 152 et suiv.; Redaud, *Les parts sociales sous le régime de la communauté*, thèse Paris, 1929, p. 422; Martin, *Le droit de souscription aux augmentations de capital et la condition des titres souscrits par un époux commun aux biens*, thèse Lille, 1944, p. 80.

(56) Req., 25 juin 1903, S., 1911. 1. 361, en note; Trib. civ. Valenciennes, 18 nov. 1925, *Gaz. Pal.*, 1926. 1. 213; Ch. civ., 18 déc. 1935, S., 1937. 1. 57; Ch. civ., 6 oct. 1941, J. C. P., 1942. 2. 1794; Trib. civ. Orléans, 16 mars 1943, précité.

Communauté. — Sous le régime de communauté, l'exercice de droit de souscription appartient au mari. Mais il faut faire une distinction selon que la libération des actions a lieu avec des biens communs ou des biens propres.

a) *Biens communs.* — Le mari a *seul* le droit d'administration et de disposition des biens communs. C'est lui qui souscrit aux actions nouvelles ou qui vend le droit de souscription. Mais le mari peut donner mandat à sa femme de le représenter dans l'exercice des pouvoirs que le contrat de mariage lui attribue (art. 218 C. civ.). La femme peut donc souscrire si elle a une procuration de son mari.

A défaut de procuration du mari et en l'absence de celui-ci, il semble que la femme puisse, seule, exercer le droit de souscription, à condition qu'elle accomplisse ainsi un acte de « bonne administration » (art. 219 et 1375 C. civ.). Mais il est préférable, et la pratique exige que la femme demande alors une autorisation de justice pour souscrire (art. 219, al. 1er).

Rappelons que, lorsque le mari est empêché de souscrire par suite de circonstances résultant de « l'état de guerre », la loi du 14 août 1941 conserve ses droits : la femme ne peut pas alors souscrire.

b) *Biens propres à la femme.* — Le mari a l'administration des biens propres de sa femme (art. 1428). Mais il ne peut les aliéner sans le *consentement de celle-ci.* La femme doit donc donner son consentement à la souscription ou à la vente des droits faite par le mari.

Si la femme refuse de donner son consentement, sans que ce refus soit justifié par l'intérêt de la famille, le mari peut se faire autoriser par justice à passer outre à ce refus (art. 217).

55. Usufruit de l'action ancienne.

1° Exercice du droit de souscription. — Le droit de souscription étant une valeur de capital, c'est au nu propriétaire et non à l'usufruitier à l'exercer (57).

En cas d'inaction du nu propriétaire, l'usufruitier est obligé de veiller à la garde et à la conservation de la chose : Il doit vendre le droit de souscription après avoir obtenu l'autorisation du juge des référés.

Mais, au lieu de vendre le droit, l'usufruitier peut souscrire.

(57) Trib. civ. Orléans, 16 mars 1943, *Rev. Soc.*, 1944, p. 188, note critique non signée, ou J. C. P., 1943. 2. 2.453, note Fréjaville.

Il ne souscrit pas alors au nom du nu-propriétaire, car ce serait imposer à celui-ci une opération aléatoire; il souscrit en son nom personnel et « se livre à une opération indépendante dont il assure lui-même les risques » (58).

Cette obligation pour l'usufruitier de vendre ou d'exercer le droit de souscription a été critiquée (59). En effet, l'usufruitier n'est pas tenu de conserver le fonds par des dépenses supérieures aux dépenses d'entretien. Or, la demande en référé, nécessaire pour souscrire ou pour vendre le droit de souscription, peut être assimilée à une dépense pour grosses réparations.

La vente du droit ou la souscription ne devrait donc être qu'une simple faculté et non une obligation pour l'usufruitier.

2° Cession du droit de souscription. — Si le droit de souscription, au lieu d'être exercé, est cédé, le prix de cession appartient au nu propriétaire, sauf le droit de l'usufruitier au revenu de ce prix de cession. Le prix est versé à l'usufruitier.

Le nu propriétaire est simple créancier du prix.

III. — *REGIME FISCAL DU DROIT DE SOUSCRIPTION*

56. Impôt sur le revenu des valeurs mobilières et impôt de solidarité. — Le droit de souscription n'est pas un produit de l'action, mais une fraction de l'action ancienne. Donc le prix de cession du droit de souscription :

a) N'est pas soumis à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières.

b) Est considéré comme une réalisation, si le droit de souscription est détaché d'actions entrant dans les éléments anciens du patrimoine au sens de l'ordonnance du 15 août 1945.

Il vient donc en déduction pour la détermination du montant de l'enrichissement (sauf s'il a été remployé) (60).

c) Enfin, l'ordonnance précitée du 15 août 1945 prend comme base d'imposition des sociétés la valeur de leur fonds social au 4 juin 1945. Pour la déterminer, il faut prendre la valeur de l'ensemble des parts bénéficiaires, des parts de fondateur et des actions; il faut y ajouter, si, à cette date, une augmentation de

(58- Trib. civ. Orléans, 16 mars 1943, précité.
(59) *Rev. soc.*, 1944, p. 188, note non signée.
(60) Instr. 4687, n° 96.

capital était en cours, la valeur des droits de souscription négociés séparément (61).

§ 2. — *Sort de l'action nouvelle.*

57. Hypothèses retenues. — Lorsque le droit de souscription n'est pas vendu mais exercé, l'actionnaire fait entrer une action nouvelle dans son patrimoine.

Des difficultés se présentent lorsque l'action ancienne est soumise à un usufruit ou appartient à un époux : qui est propriétaire de l'action nouvelle : le nu propriétaire ou l'usufruitier ? l'époux ou la communauté ?

Sur le plan fiscal, lorsque l'action ancienne fait partie des éléments anciens du patrimoine au sens de l'ordonnance du 15 août 1945, dans quelle catégorie faut-il classer l'action nouvelle : dans la catégorie des biens anciens ou dans celle des biens nouveaux ?

I. — *SORT DE L'ACTION NOUVELLE DANS LES RAPPORTS ENTRE NU PROPRIETAIRE ET USUFRUITIER*

58. Souscription du nu propriétaire. — La solution est différente suivant que le nu propriétaire ou l'usufruitier a souscrit.

La souscription est normalement exercée par le nu propriétaire. Celui-ci doit avoir alors la pleine propriété de l'action nouvelle, à charge par lui de permettre à l'usufruitier d'exercer son usufruit sur la partie de l'action nouvelle qui correspond au droit de souscription (62).

Il faut remarquer que ce jugement fait de l'action nouvelle l'accessoire de l'action ancienne. Il n'est cependant pas en contradiction avec la jurisprudence récente de la Cour de cassation (63), laquelle est basée sur l'article 1498 du Code civil et ne s'applique qu'au cas de régime de communauté réduite aux acquêts.

59. Souscription de l'usufruitier. — En cas d'inaction du nu propriétaire, l'usufruitier n'est obligé que de vendre le droit de souscription.

(61) *Ibid.*, n° 182.

(62) Trib. civ. Orléans, 16 mars 1943, précité : « Le nu propriétaire ... peut souscrire aux actions nouvelles en tenant compte à l'usufruitier de la valeur du droit de souscription qui dépend de son usufruit. »

(63) Ch. civ., 18 décembre 1935, D. P., 1936. 1. 129; Ch. civ., 6 oct. 1941, J. C. P., 1942. 2. 1794. Voir n°s 64 et 65.

S'il préfère souscrire, il prend l'opération à son compte et « se livre à une opération indépendante dont il assure lui-même les risques » (64).

A la fin de l'usufruit, il garde l'action nouvelle et ne remet au nu propriétaire que l'action ancienne amoindrie, mais assortie d'une valeur équivalente à celle qu'aurait procurée la vente du droit de souscription si elle avait eu lieu.

Les difficultés que nous venons d'essayer de résoudre rapidement ne se posent presque jamais dans la pratique. Toujours intervient un accord entre le nu propriétaire et l'usufruitier. S'il en allait autrement, il y aurait une abondante jurisprudence en la matière, et l'on ne relève, jusqu'à présent, que les deux seuls jugements précités du Tribunal civil de Valenciennes et du Tribunal civil d'Orléans (65).

La même remarque ne peut être faite lorsque l'action nouvelle est souscrite par un époux. Il semble, si l'on s'en réfère aux nombreux procès qui ont eu lieu, que l'accord amiable soit bien plus difficile à réaliser dans ce cas.

II. — *SORT DE L'ACTION NOUVELLE DANS LES RAPPORTS ENTRE EPOUX* (66)

60. Régimes de communauté légale et de séparation de biens. — Lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale de biens ou sous le régime de séparation de biens, il n'y a pas de difficulté :

— Dans le premier cas, l'action ancienne, entrant dans la catégorie des meubles, fait partie de la communauté, et l'action nouvelle devient, elle aussi, un bien de communauté.

— Dans le second cas, l'action ancienne et l'action nouvelle restent propres.

Lorsque, au contraire, les époux sont mariés sous le régime dotal ou sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, quel est le sort de l'action nouvelle ?

(64) Trib. civ. Orléans, 16 mars 1943, précité.

(65) Trib. civ. Valenciennes, 18 nov. 1925, *Gaz. Pal.*, 1926. 1. 213; Trib. civ. Orléans, 16 mars 1943, *Rev. soc.*, 1944, p. 188.

(66) Consulter notamment : Jaubert, *Les propres mobiliers dans la communauté légale*, thèse Bordeaux, 1942; Martin, *Le droit de souscription aux augmentations de capital et la condition des titres souscrits par un époux commun en biens*, thèse Lille, 1944.

A. — REGIME DOTAL

61. Origine des deniers et nature du droit de souscription. — La question semble aujourd'hui tranchée par deux jugements du Tribunal civil de la Seine du 10 mars 1937 (67) et du 19 juillet 1945 (68).

Dans les deux hypothèses, l'action ancienne est dotale. Le droit de souscription est donc lui aussi dotal.

Le tribunal tient compte à la fois de l'origine des deniers qui ont servi à libérer l'action nouvelle et de la nature juridique du droit de souscription.

— Lorsque la libération de l'action a lieu avec des deniers dotaux, l'action nouvelle est dotale.

— Lorsque, au contraire, elle est libérée avec des deniers paraphernaux, l'action nouvelle a une nature mixte : c'est une action paraphernale à dotalité incluse. « Les actions, dit le jugement de 1937, seront paraphernales, mais renfermeront une valeur dotale égale à la valeur du droit de souscription. » Le tribunal s'appuie sur l'article 1543 du Code civil, qui interdit toute augmentation de la dot pendant le mariage.

Cette solution est adoptée également par la doctrine (69).

Si une augmentation de capital a lieu ultérieurement, le droit de souscription est détaché d'une action paraphernale renfermant une valeur dotale. Le prix de cession doit être versé entre les mains du mari, qui a seul qualité pour encaisser les capitaux dotaux (art. 1549 C. civ.).

Mais le régime dotal n'est guère répandu : aussi les solutions rendues dans cette hypothèse sont-elles peu nombreuses et n'offrent qu'un intérêt pratique restreint. Au contraire, la question est bien plus importante lorsqu'elle concerne des époux mariés sous le régime de communauté réduite aux acquêts ou de séparation de biens avec société d'acquêts.

(67) *Journ. soc.*, 1937, p. 476, note CHARRON.

(68) S., 1946. 2. 65 : conclusions de M. le substitut GÉGOUT, et *Journ. soc.*, 1946, p. 365, note BOSVIEUX.

(69) PERROUD, *Rev. soc.*, 1922, p. 274; PAVÈS, *Le droit de souscription à des actions*, thèse Paris, 1925, p. 73; CHEVALIER, *Du droit de souscription en cas d'augmentation de capital dans les sociétés anonymes ou en commandite par actions*, thèse Paris, 1926, p. 212-213; BOSVIEUX, *Journ. soc.*, 1946, p. 367.

Dans le même sens : ROBERT, *Du droit de préférence de l'actionnaire à la souscription d'actions nouvelles en cas d'augmentation de capital*, thèse Paris, 1940, p. 117; JAUFFRET, thèse, p. 226 et suiv., attribue une nature mixte à l'action nouvelle : elle est dotale jusqu'à concurrence de la valeur du droit de souscription et paraphernale pour le surplus.

B. — REGIME DE COMMUNAUTE REDUITE AUX ACQUETS OU DE SEPARATION DE BIENS AVEC SOCIETE D'ACQUETS (70)

62. Nature de l'action nouvelle. — Le problème se pose de la façon suivante : un époux a des actions propres; il souscrit, grâce à son droit préférentiel de souscription, à une augmentation de capital. Il libère les actions nouvelles avec des deniers de communauté. L'action nouvelle est-elle propre ou est-elle commune ?

L'action nouvelle a été acquise :

— au moyen du droit de souscription, qui, étant une fraction de l'action ancienne, représente une valeur propre;

— et au moyen de l'apport en numéraire, qui, étant pris sur les deniers communs, représente donc une valeur commune.

Est-ce la nature de bien propre du premier ou de bien commun du second qui détermine celle de l'action nouvelle ?

Quatre solutions ont été adoptées :

63. Action propre. — « Issue des titres primitifs », l'action nouvelle « accroît » des biens propres : elle doit donc être propre comme l'action ancienne. Se basant sur la théorie de l'accessoire (art. 546 et 551 C. civ.) sur la possibilité pour les époux de se constituer des propres pendant le mariage avec des deniers de communauté (art. 1437 C. civ.), la majorité de la doctrine (71) se rallie à ce point de vue.

Ce fut aussi, pendant un temps, celui de la jurisprudence (72) qui appliquait alors une solution identique à celle adoptée en matière de plus-value d'office ministériel ou de fonds de commerce (73), et en matière d'échange d'immeuble avec soulte (74).

64. Action commune. — Un arrêt de la Chambre civile du 18 décembre 1935 (75) a jeté le trouble en se ralliant à la thèse

(70) Pour simplifier, nous n'étudierons que le cas de la communauté réduite aux acquêts. Le raisonnement et la solution sont les mêmes lorsqu'il y a séparation de biens avec société d'acquêts.

(71) Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 8, n° 419; Wahl, *Journ. soc.*, 1925, p. 214; Jauffret, thèse, p. 214; Jaubert, thèse, p. 121.

(72) Req., 24 juin 1903, D., 1904. 1. 591, ou *Journ. soc.*, 1905, p. 248. — Dans le même sens : Trib. civ. Valenciennes, 18 nov. 1925, *Gaz. Pal.*, 1926. 1. 213; Cour de Paris, 22 févr. 1930, S., 1930. 2. 100. — Sur l'évolution jurisprudentielle, voir Martin, thèse, p. 27 à 57.

(73) Martin, thèse, p. 33, notes 1 et 2, avec les références.

(74) Trib. civ. de Périgueux, 1er juin 1931, D. 1932. 2. 100.

(75) Ch. civ., 18 déc. 1935, D., 1936. 1. 129, note Fréjaville, ou S., 1937. 1. 57, note Durand, cassant l'arrêt précité de la Cour de Paris du 22 février 1930.

de quelques auteurs (76). La Chambre civile distingue notamment :

— le droit préférentiel de souscription, fraction de l'action ancienne, donc propre;

— et l'action nouvelle qui est un acquêt (art. 1498 du Code civil), donc commune.

L'époux est obligé de céder son droit à la communauté. Lorsque celle-ci est insolvable, il n'est pas remboursé : c'est donc lui qui supporte les risques. Le résultat est contraire au but de la souscription et aux vœux de l'époux.

Les arrêts de 1903 et de 1935 semblent contradictoires. Mais ils ont été rendus dans des circonstances différentes, ce qui explique leurs solutions opposées :

— Dans le premier cas, le montant de la souscription provenait à la fois de deniers de communauté et d'une distribution de réserves faite par la société (les réserves distribuées étant considérées comme des valeurs propres).

— Au contraire, dans le second cas, le montant de la souscription provenait uniquement de deniers de communauté.

65. Solution alternative (*Origine des deniers*). — La Chambre civile, dans un arrêt récent (77), a précisé sa jurisprudence. Elle considère que, pour déterminer la nature de l'action nouvelle, il faut tenir compte de l'origine des deniers qui servent à libérer cette action.

— *Si les deniers sont propres*, l'action nouvelle est propre, et l'époux doit récompense à la communauté de la somme décaissée par elle. La Chambre civile fait entrer dans les deniers provenant du patrimoine propre la valeur représentée par le droit de souscription.

— *Si les deniers proviennent à la fois du patrimoine propre et du patrimoine commun*, l'action nouvelle est propre ou commune selon qu'elle a été libérée pour plus de la moitié de son montant avec des deniers propres ou communs.

Sa critique. — Cette solution n'est pas à l'abri de toutes critiques :

a) Pourquoi décider que l'action est commune ou propre pour le tout? Cette solution ne correspond pas à la réalité des choses :

(76) Dacher, thèse, p. 144; Piffre de Vaubon, thèse, p. 62. — Voir aussi Martin, thèse, p. 110 et suiv.

(77) Ch. civ., 6 oct. 1941, J. C. P., 1942. 2. 1794, note Radouant, confirmant un arrêt de la Cour de Toulouse du 18 juin 1938. — Voir aussi *Journ. soc.*, 1946, p. 360, note Bosvieux.

l'action est à la fois propre et commune. Elle est propre dans la mesure où elle représente des deniers provenant du patrimoine propre et commune dans la mesure où elle représente des deniers de communauté. Il devrait y avoir logiquement indivision entre le patrimoine de communauté et le patrimoine propre de l'époux.

b) Par ailleurs, un cas reste douteux : que se passe-t-il lorsque l'action nouvelle est libérée par moitié avec des fonds communs et des fonds propres (notamment des fonds provenant d'une distribution de réserves)? M. Fréjaville (78) propose que l'on se rapporte alors à l'arrêt de 1903 : les actions nouvelles doivent être propres. Cette solution, non motivée, nous paraît arbitraire.

Pourquoi ne pas décider qu'à défaut d'accord amiable l'action sera vendue en bourse et le prix de vente partagé également entre les deux patrimoines?

66. Solution mixte (*Nature des droits de souscription*). — Quelle solution adopter dans cette controverse ? Il faut distinguer selon que les droits de souscription représentent une valeur propre ou représentent à la fois une valeur propre et une valeur de communauté.

1° Droit de souscription représentant une valeur propre. — Dans ce cas, l'action nouvelle nous paraît être une action *propre*. En effet, bien qu'elle ait été acquise avec des deniers de communauté, cette acquisition n'a été possible que parce que l'époux était titulaire d'un droit de souscription. L'action nouvelle, rattachée à l'action ancienne par l'intermédiaire du droit de souscription, conséquence du droit de souscription, doit être propre comme ce droit et comme l'action ancienne.

2° Droits de souscription représentant a la fois une valeur propre et une valeur de communauté. — Le souscripteur n'avait par exemple qu'un droit, et il a dû en acheter quatre autres pour pouvoir souscrire à une action nouvelle. L'action nouvelle doit-elle être propre en totalité? Nous ne le croyons pas. L'action nouvelle a une nature mixte. Elle est à la fois *propre et commune*. Elle est propre dans la mesure où elle est un accroissement du droit de souscription qui était propre; elle est commune dans la mesure où elle est un accroissement des droits de souscription achetés. Dans notre exemple, l'action nouvelle est propre pour 1/5 et commune pour 4/5.

(78) Note sous Ch. civ., 18 déc. 1935, D., 1936.1.129.

Il nous semble en effet préférable de considérer l'origine des droits de souscription plutôt que l'origine des deniers servant à libérer l'action nouvelle.

La solution que nous proposons n'est pas la solution adoptée par la jurisprudence, mais il n'est pas certain que celle-ci soit définitivement fixée. En effet, la Cour d'appel de Douai (79) a déclaré que « les actions nouvelles souscrites lors d'une augmentation de capital... doivent nécessairement, comme les anciennes, être la propriété de la femme ».

Il ne faut pas exagérer la portée de cet arrêt, rendu par une Cour d'appel, à l'occasion d'un procès où la question de la nature de l'action nouvelle n'est étudiée que de façon secondaire. Toutefois, sans parler déjà d'un revirement de la jurisprudence, on peut se demander s'il n'y a pas là une marque de résistance vis-à-vis de la thèse de la Chambre civile et un retour au système de la Chambre des Requêtes.

Nous allons voir, du reste, qu'à propos d'une question fiscale, l'Administration a adopté la théorie de l'accessoire.

III. — *SORT DE L'ACTION NOUVELLE VIS-A-VIS DE L'ORDONNANCE DU 15 AOUT 1945*

67. Dualité de catégories. — L'ordonnance du 15 août 1945 classe les biens du patrimoine en deux catégories : les biens anciens et les biens nouveaux.

Les biens anciens comprennent :

— les biens que le contribuable possédait avant le 1er janvier 1940;

— les biens reçus postérieurement à cette date, par donation, don manuel ayant supporté le droit de mutation ou succession;

— et les biens acquis en premier emploi ou premier remploi de biens existant au 1er janvier 1940, ou reçus gratuitement depuis.

Les biens nouveaux comprennent tous les autres biens.

68. Catégorie du droit de souscription. — Lorsqu'un actionnaire a souscrit, entre le 1er janvier 1940 et le 4 juin 1945, à une augmentation de capital, dans quelle catégorie faut-il classer les

(79) Arrêt non cité, à notre connaissance, dans les recueils de jurisprudence. — Douai, 19 févr. 1943, *Etablissements Lecocq* c. *Robinet*.

actions qui lui sont attribuées? Faut-il les faire entrer dans la catégorie des biens anciens ou dans celle des biens nouveaux?

L'Administration de l'Enregistrement fait une distinction :

— Si les actions qui ont permis à leur propriétaire de participer à la souscription entrent dans les éléments anciens de son patrimoine, l'action nouvelle souscrite, à titre irréductible ou réductible, doit, elle aussi, être comprise dans ces éléments (80).

— L'action nouvelle doit, au contraire, être ajoutée aux éléments nouveaux du patrimoine dans l'hypothèse inverse.

Si l'action nouvelle a été acquise avec plusieurs droits de souscription dont les uns entrent dans les éléments anciens et les autres dans les éléments nouveaux, l'action nouvelle entre proportionnellement au nombre des droits, dans les éléments anciens et dans les éléments nouveaux. Le montant de la souscription ne figure dans les impenses que dans la mesure où il représente la valeur de l'action nouvelle entrant dans les éléments anciens (81).

Soit, par exemple, une action nouvelle émise à 1.000 francs et cotée 1.600 francs au 4 juin 1945. Cette action a été acquise au moyen de cinq droits de souscription représentant chacun une valeur de 50 francs. Un de ces droits entre dans les éléments anciens du patrimoine; les quatre autres, ayant été achetés, entrent dans les éléments nouveaux.

La valeur de l'action nouvelle (1.600 francs) est répartie :

— pour 1/5, soit 320 francs, dans les éléments anciens;

— pour 4/5, soit 1.280 francs, dans les éléments nouveaux.

Il faut faire figurer dans les impenses le 1/5 du montant de la souscription (1.000 fr.), soit 200 francs.

L'Administration adopte donc la solution selon laquelle l'action nouvelle est un accroissement de l'action ancienne.

Cette solution est plus simple que celle préconisée par la Chambre civile. En effet, si l'Administration appliquait la règle qui se dégage de l'arrêt de la Chambre civile de 1941, l'action nouvelle n'entrerait dans les éléments anciens du patrimoine que lorsqu'elle aurait été libérée pour plus de moitié avec des deniers

(80) Instr. 4687, n° 37.
Par contre, les sommes versées à la société (montant de la souscription et, éventuellement, prime d'émission) figurent parmi les impenses pour amélioration ou augmentation des éléments anciens et entrent en ligne de compte pour le calcul de l'assiette de la contribution sur l'enrichissement.

(81) Ministère des Finances, *Impôt de solidarité*, Commentaire pratique, n° 106, p. 26.

considérés comme des deniers anciens. L'emploi de ce système entraînerait des complications pratiques extrêmes que l'Administration veut éviter.

Le tableau suivant résume nos développements :

1° Droit de souscription.

Elément de même nature que l'action dont il est détaché.

2° Action nouvelle.

Elément de même nature que le ou les droits de souscription. (ancien, nouveau, mixte).

3° Soulte complémentaire versée lors de la souscription.

a) *Action nouvelle comprise dans les biens nouveaux :*
Soulte non comprise dans la déclaration.

b) *Action nouvelle comprise dans les biens anciens :*
Soulte comprise dans les éléments nouveaux (impense pour augmentation d'élément ancien).

En résumé, le droit de souscription est considéré comme un accessoire de l'action ancienne. La solution est aujourd'hui unanimement admise.

Par contre, l'accord n'est pas encore fait sur la question de savoir si l'action nouvelle est, ou non, un accroissement de l'action ancienne. La doctrine et l'Administration de l'Enregistrement répondent par l'affirmative. La jurisprudence, par la négative; mais celle-ci n'a sans doute pas dit son dernier mot.

L'action nouvelle, quel que soit son sort dans le patrimoine du souscripteur, peut être émise avec des modalités différentes, selon que la société qui procède à l'augmentation de capital est prospère ou non.

Ce sont ces modalités qu'il nous faut à présent étudier.

CHAPITRE II

MODALITES D'EMISSION D'ACTIONS

69. **Société prospère et société en pertes.** — L'émission d'actions nouvelles peut toujours avoir lieu au pair. Nous avons vu qu'alors les actionnaires anciens n'ont pas à craindre l'intrusion de nouveaux venus, puisqu'ils ont un droit préférentiel de souscription à cette émission.

Mais, lorsque la société a des réserves, l'émission peut avoir lieu également au-dessus du pair : c'est ce que l'on appelle l'émission d'actions avec primes.

Si, par contre, la société a fait de mauvaises affaires, on doit, à défaut d'émission d'actions au-dessous du pair qui serait illégale, donner des avantages aux souscripteurs : on procède alors à une émission d'actions de priorité.

SECTION PREMIERE

EMISSION D'ACTIONS AVEC PRIMES (1)

70. But de la prime (*Protection des actionnaires anciens*). — Lorsqu'une société a ses actions cotées au-dessus du pair, nous avons vu que les possesseurs d'actions anciennes sont protégés par la vente ou l'exercice de leur droit préférentiel de souscription contre le préjudice pécuniaire que leur cause une émission au pair d'actions nouvelles.

Lorsque l'émission, avant le décret-loi de 1935, ne leur était pas réservée, les possesseurs d'actions anciennes avaient encore un autre moyen de se protéger : c'était d'émettre des actions au-dessus du pair, des actions avec primes. La prime a pour but d'« assurer l'égalité entre les anciens et les nouveaux actionnaires à raison des réserves existantes et de la plus-value acquise par l'actif social lors de l'augmentation de capital » (2).

71. Ses inconvénients. — La prime et le droit préférentiel de souscription représentent l'une et l'autre la quote-part de réserves dont l'action nouvelle bénéficie. La prime fait donc double emploi avec le droit préférentiel de souscription.

— Si l'émission a lieu au pair, on donne au droit préférentiel de souscription son maximum de valeur pécuniaire.

— Si, au contraire, l'émission a lieu avec prime et si l'on gonfle celle-ci le plus possible, la valeur négociable du droit préférentiel de souscription est nulle. On oblige ainsi les possesseurs d'actions anciennes à souscrire s'ils ne veulent pas subir de préjudice pécuniaire. Donc, lorsqu'un actionnaire désire s'alléger et vendre ses droits préférentiels de souscription, il a tout intérêt à ce que l'émission ait lieu sans prime.

Et même s'il veut souscrire, l'actionnaire a encore intérêt à ce que l'émission ait lieu sans prime. Dans ce cas, en effet, il ne doit verser que le montant nominal de l'action qu'il souscrit. Si l'émission a lieu avec prime, il doit, en plus du montant nominal

(1) Sur la question d'émission d'actions avec primes, voir notamment : Houpin et Bosvieux, *Traité des sociétés*, 6e éd., nos 633, 889, 902 et 916; Houpin, *Journ. soc.*, 1913, p. 145; 1921, p. 241; 1922, p. 145; Dasté, *La prime d'émission dans les sociétés par actions*, thèse Toulouse, 1925; Vandamme, *De la prime imposée aux souscripteurs d'actions*, thèse Paris, 1928. Pour les questions fiscales, consulter George, *Journ. soc.*, 1942, p. 243.

(2) Houpin, *Journ. soc.*, 1913, p. 156.

de l'action, verser le montant de la prime, c'est-à-dire une somme qui représente une partie des réserves... auxquelles il a déjà droit.

En somme, la situation est la suivante pour le possesseur d'actions anciennes. Lorsque l'émission a lieu sans prime :

— S'il négocie son droit de souscription, il en tire la valeur maximum;

— S'il souscrit, il ne doit verser que le montant nominal de l'action.

Au contraire, lorsque l'émission a lieu avec primes :

— S'il négocie son droit de souscription, il en retire une somme moins élevée que dans l'hypothèse précédente;

— S'il souscrit, il doit verser, en plus du montant nominal de l'action, le montant de la prime.

Les primes appartiennent bien aux anciens actionnaires, mais ceux-ci ne les toucheront qu'ultérieurement, lorsqu'elles seront distribuées. Il leur arrive de préférer encaisser immédiatement la valeur qu'elles représentent, sans les faire entrer dans le fonds social, où elles subiront les fluctuations de l'affaire.

Par ailleurs, l'existence au bilan d'un poste « Primes d'émission » peut permettre à des administrateurs peu scrupuleux la manœuvre boursière suivante : ils distribuent les primes sous forme de dividendes, faisant croire ainsi à la prospérité de l'entreprise. Cette opération entraîne une hausse des actions qu'ils ont préalablement achetées à bas prix et qu'ils n'ont plus alors qu'à revendre à ce cours qui leur est favorable (3).

Aussi les critiques (4) ne furent-elles pas ménagées à ce genre d'émission d'actions, tant depuis le décret-loi de 1935 rendant obligatoire le droit préférentiel de souscription qu'antérieurement, au cas où l'émission était statutairement réservée aux anciens actionnaires.

72. Ses avantages. — Pourtant, même dans ces cas, outre un avantage psychologique de prestige, l'émission avec prime permet à une société qui veut obtenir une certaine somme d'argent de créer un moins grand nombre d'actions que si l'émission avait lieu au pair :

Soit, par exemple, une société qui a besoin de 1 million de francs.

(3) Cf. Dasté, thèse, p. 220 et suiv.
(4) Percerou, *Journal des transports*, 15 déc. 1929, et D. crit., 1943, p. 62

— Si l'émission a lieu au pair (supposons que le pair soit de 1.000 fr.), il lui faut émettre 1.000 actions. L'augmentation de capital est de 1 million.

— Si l'émission a lieu avec une prime de 250 francs, elle n'émet que 800 actions. L'augmentation de capital est de 800.000 francs.

L'émission d'un petit nombre d'actions rend plus facile une distribution de dividendes aussi élevés qu'avant l'opération : les bénéfices se divisent en un nombre d'actions peu supérieur à celui qui existait au préalable.

La question des actions avec primes offre encore un grand intérêt, à cause de sa fréquence. Cette modalité d'émission est si répandue qu'un journaliste financier s'étonnait récemment (5) que la société « Consortium général d'Optique et d'Industries » procède à une émission au pair (500 fr.) d'actions nouvelles, alors que les actions anciennes étaient cotées nettement au-dessus du pair (2.350 fr. environ).

73. Ses difficultés. — Le législateur, longtemps muet sur la question des primes, s'en est occupé pour la première fois dans l'article 1er de la loi du 4 mars 1943. Mais il ne fait que régler une question de détail : celle du versement, qui doit être désormais effectué en totalité lors de la souscription. Il semble cependant que le législateur, en laissant de côté le problème essentiel de la justification du versement de la prime et en ne résolvant qu'un problème accessoire, ait voulu, par là, implicitement justifier cette pratique, sans tenir compte des critiques qui lui étaient adressées.

En l'absence de tout texte législatif, la doctrine et la jurisprudence ont dû pallier à cette carence, et les théories et arrêts concernant les actions avec primes sont nombreux. Deux problèmes se posent :

— l'un est juridique;
— l'autre fiscal.

NATURE JURIDIQUE. — Le problème juridique est celui de la nature de la prime. Après avoir été considérée comme un bénéfice (6), comme un accroissement irrégulier du capital nominal (7), comme un droit d'entrée (8), la prime est aujourd'hui assimilée, par la

(5) *Echo de la finance*, 21 déc. 1945.
(6) Civ., 20 juin 1917, D. P., 1917.1.134; Req., 21 janv. 1920, D. P., 1923.1.207. Ces deux arrêts sont rendus en matière fiscale; leur portée juridique est donc restreinte.
(7) Lyon-Caen, *Rev. soc.*, 1909, p. 189.
(8) VANDAMME, thèse n° 188.

presque unanimité de la doctrine (9) et de la jurisprudence (10) à un *supplément d'apport*.

La prime n'est ni un capital, ni un bénéfice : c'est « un élément producteur et non un élément produit ». La question n'étant plus actuellement controversée, nous ne nous y étendrons pas davantage, préférant consacrer nos développements au problème capital en la matière : le problème fiscal.

Régime fiscal. — La prime paie un droit à son entrée dans la société. Elle est également imposée dans certains cas, lors de sa distribution. Enfin, la prime joue encore un rôle fiscal dans la mesure où elle étend ou diminue l'assiette des impôts payés par la société ou les actionnaires.

Ce sont ces trois points que nous allons étudier.

§ 1er. — *Versement de la prime.*

74. Division. — Le versement de la prime obéit à un principe controversé lorsque la prime n'est pas mentionnée dans le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires qui autorise l'augmentation de capital.

I. — *LE PRINCIPE*

75. Le droit d'apport. — La prime accroît le fonds social, mais n'entre pas dans le capital social. Or, le droit d'apport, actuellement de 1 p. 100, est perçu sur tous les biens qui sont mis en commun, sans distinguer si ces biens augmentent le fonds ou le capital social. Le droit d'apport doit donc être perçu sur le montant des primes.

La doctrine admet cette thèse (11).

La Cour de cassation l'applique depuis l'arrêt de la Chambre des requêtes du 3 mars 1930 (12), se ralliant ainsi à la jurisprudence de certains tribunaux de province (13).

(9) Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 889; Houpin, *Journ. soc.*, 1915, p. 145; 1921, p. 241; 1922, p. 145; Amiaud, *op. cit.*, n° 83; Dasté, thèse, p. 81; Bouvier, *Journ. soc.*, 1925, p. 641 et suiv.

(10) Req., 3 mars 1930, D. P., 1930.1.29, avec le rapport de M. le conseiller Pilon; Civ., 11 mars 1931, D. H., 1931, p. 217; Req., 27 mars 1935, D. P., 1935.1.43; Paris, 30 janv. 1946, D., 1946.2.193.

(11) Houpin et Bosvieux, n° 2238, avec les références.

(12) Dans le même sens, Civ., 11 mars 1931 et 27 mars 1935, précités.

(13) Lyon, 11 juill. 1924, *Recueil des sommaires*, 1925, n° 1173; Lille, 23 avril 1926, D. H., 1926, p. 374.

Si, par la suite, les primes servent à faire une augmentation de capital par virement de leur compte au compte « Capital social », le droit d'apport, normalement dû sur l'augmentation de capital résultant de l'incorporation des réserves, n'a pas à être acquitté : il l'a déjà été.

Par voie de conséquence, les primes d'émission échappent à la surtaxe de 15 p. 100 prévue par l'article 3 de la loi du 12 août 1942 et perçue en même temps que le droit d'apport (14).

Elles échappent encore à cette surtaxe lorsque, en cas de fusion, la société absorbée les apporte dans son actif net. La loi n'autorisait que la réduction du capital appelé et non remboursé des sociétés absorbées. L'administration, dans une lettre à l'A.N.S.A. en date du 22 décembre 1942 (15), a étendu cette déduction aux primes d'émission encaissées par les sociétés absorbées.

II. — *NON-MENTION DE LA PRIME DANS LE PROCES-VERBAL DE DELIBERATION*

76. Le problème. — En général, la prime est comprise dans les apports et se trouve mentionnée dans le procès-verbal de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires autorisant l'augmentation de capital.

Mais l'obligation de verser la prime peut ne pas se trouver incluse dans ce procès-verbal : la prime augmente le fonds social et non le capital social; et, seule, la modification apportée au capital social doit être indiquée. Que se passe-t-il dans ce cas? Le droit d'apport est-il exigible sur le montant de la prime?

77. Dispense du droit d'apport (*Doctrine*). — La doctrine (16) considère que, dans ce cas, la prime ne doit pas payer le droit d'apport. Elle invoque deux arguments :

a) Argument juridique. — La prime est indépendante du nominal de l'action. Il est aisé de montrer que la prime présente des différences techniques avec l'action (elle est portée à un poste « Réserves » et non au poste « Capital social ») et des différences

(14) Lettre de la Direction générale de l'Enregistrement à l'A.N.S.A., en date du 22 décembre 1942; A.N.S.A., *Les augmentations de capital par incorporation de réserves*, janv. 1943, p. 66.

(15) A.N.S.A., déc. 1942, *Régime fiscal des fusions de sociétés*, p. 12.

(16) Wahl, *Revue des Contributions et de l'Enregistrement*, nov. 1931, p. 217 et 218; Maguero et Molas, *Rev. Enreg.*, 1932, art. 9618, p. 129 et suiv.; Rogeon, Durand et Bourrel, *Régime fiscal des sociétés et valeurs mobilières*, p. 134; George, *Journ. soc.*, 1942, p. 243 et suiv. — *Contra* : Dasté, thèse, p. 185.

juridiques (le versement du nominal de l'action a pour but de garantir les tiers, le versement de la prime a pour but d'assurer l'égalité entre actionnaires anciens et nouveaux, opération accessoire d'ordre intérieur).

b) Argument fiscal. — La prime est soumise au droit d'apport; le droit d'apport est un droit d'acte; donc, en l'absence d'un écrit qui en motive la perception, ce droit n'est pas dû.

78. Assujettissement au droit d'apport (*Jurisprudence*). — La jurisprudence (17) a réfuté ces arguments.

a) Argument juridique. — Elle a montré les ressemblances entre l'apport et la prime : comme l'apport, la prime est une valeur mise en commun par les associés, versée en vue de l'exploitation de la société.

b) Argument fiscal. — La prime n'a pas besoin d'être mentionnée dans un écrit pour être assujettie au droit. La jurisprudence invoque deux raisons :

— La première, c'est que les arrêts de 1930 et de 1931 ne font pas cette distinction : « Les primes participent de la nature des apports et donnent ouverture aux mêmes droits d'enregistrement à l'époque de leur versement », disent ces arrêts.

— La seconde raison invoquée, c'est qu'il a déjà été jugé que le droit d'apport est exigible, même sur les apports non mentionnés dans l'acte à la formalité de l'enregistrement (18).

Enfin, la jurisprudence se réfère à l'article 1er de la loi du 28 février 1872, aux termes duquel la valeur imposable doit être prise sur « le montant total des apports ».

Et la jurisprudence conclut, contrairement à la doctrine, que le droit d'apport est dû sur le montant des primes.

79. Appréciation des arguments. — Remarquons tout d'abord que l'argument juridique n'a pas une grande valeur : la doctrine et la jurisprudence admettent que la prime est un apport. Elles mettent en relief les ressemblances ou les différences qui existent entre la prime et l'apport selon la thèse qu'elles soutiennent.

L'argument fiscal de la jurisprudence ne nous paraît pas non plus convaincant.

(17) Civ., 2 juill. 1879, D. P. 1879.1.451; Req., 22 oct. 1907, D. P. 1908.1.361; 27 mars 1935, précités.

(18) Civ., 2 juill. 1879, précité.

Si les arrêts de 1930 et de 1931 ne distinguent pas selon que la prime est mentionnée ou non dans l'acte soumis à l'enregistrement, c'est parce que, dans les espèces qu'ils avaient à juger, ils n'avaient pas à faire cette distinction.

Quant à l'arrêt de 1879 invoqué par la jurisprudence, il ne correspond pas à notre hypothèse : il s'agissait d'une constitution de société où les apports n'avaient pas été mentionnés.

Il ne reste plus que deux arguments :

— *Argument de la doctrine :* l'apport est un droit d'acte, et la prime, supplément d'apport, doit être mentionnée dans un écrit pour être soumise à la formalité.

— *Argument de la jurisprudence :* l'article 1er de la loi du 28 février 1872 prescrit la perception du droit d'apport « sur le montant *total* des apports ».

80. Revirement jurisprudentiel possible. — La question paraissait définitivement tranchée par la jurisprudence. Un arrêt récent, bien que rendu dans une matière différente mais comparable, par la Chambre civile, le 11 novembre 1940 (19), lui donne un rebondissement nouveau, en permettant de supposer un revirement de la jurisprudence. Cet arrêt décide en effet que « le droit d'enregistrement afférent à un crédit effectivement réalisé pour une somme de 2.900.000 francs, supérieure de 900.000 francs à la somme énoncée dans les actes d'ouverture », n'est exigible qu'à concurrence du montant des sommes garanties, « tel que révélé par les deux actes d'affectation hypothécaire soumis à la formalité, qui forment le titre de perception de l'impôt ».

Cet arrêt peut être appliqué, *mutatis mutandis*, à une augmentation de capital avec primes.

En matière de crédit, la Cour de cassation n'applique le droit d'enregistrement qu'à la somme énoncée dans les actes d'ouverture (2 millions), et pas à la somme supplémentaire effectivement prêtée (2.900.000 — 2.000.000 = 900.000 fr.).

Pourquoi n'en irait-il pas de même en matière d'augmentation de capital? Si on suppose une augmentation de capital de 2 millions de francs entraînant le paiement de 900.000 francs de primes non mentionnées dans le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire, le droit d'enregistrement devrait être perçu sur 2 millions de francs, et les 900.000 francs de primes devraient être exemptés du paiement de ce droit.

(19) D. H., 1940, p. 206.

Il ne serait donc pas impossible que, si la question en matière de prime se présentait à nouveau, la jurisprudence fît triompher la solution doctrinale que nous avons rapportée. Mais il n'y a là qu'une possibilité. Un texte de loi devrait la confirmer ou l'infirmer.

§ 2. — *Distribution de la prime.*

81. Impôt sur le revenu des valeurs mobilières. Impôt général sur le revenu. — L'impôt sur le revenu des valeurs mobilières frappe, aux termes de l'article 50-1° du C.V.M., « les dividendes, intérêts, arrérages et tous autres produits des actions de toute nature et des parts de fondateur des sociétés françaises ».

Reversement a ceux qui l'ont versée. — La prime, lorsqu'elle est remise aux propriétaires d'actions qui l'avaient antérieurement versée, est considérée comme un remboursement d'apport qui permet aux bénéficiaires de rentrer dans leurs fonds. Elle échappe ainsi à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières [20] et, par voie de conséquence, à l'impôt général sur le revenu.

Elle n'était pas, non plus, soumise, dans ce cas, à la limitation des dividendes prévue par la loi du 28 février 1941, maintenant abrogée par l'article 68-1° de l'ordonnance du 15 août 1945.

Deux conditions sont nécessaires pour que l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières ne soit pas perçu :

1° Il faut que la prime n'ait pas reçu d'emploi déterminé et soit restée individualisée au bilan [21].

2° Il faut, en second lieu, que le remboursement effectué ne soit pas supérieur au montant de la prime, sinon l'impôt est dû sur l'excédent [22].

Attribution a d'autres personnes. — Lorsque, au contraire, la prime est remise aux actionnaires qui ne sont pas propriétaires d'actions l'ayant versée, ou sert au rachat ou à la conversion en actions des parts de fondateur, elle ne peut plus être considérée comme un remboursement d'apport. Elle est, en principe, soumise à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières et, par voie de conséquence, à l'impôt général sur le revenu.

(20) Seine, 20 nov. 1940, *Rev. Enreg.*, 1176; Béziers, 18 juill. 1941, *Rev. Enreg.*, 1176; Req., 18 déc. 1944, *Gaz. Pal.*, 23 mars 1945.
(21) Req., 18 déc. 1944, précité.
(22) Marseille, 13 nov. 1906, *Rev. Enreg.*, 4308; Seine, 9 juin 1944, J.C.P., 1945. 2. 2813.

Elle tombait également sous le coup de la loi du 28 février 1941, qui limitait les distributions faites par les sociétés.

Remarquons qu'il n'y a rien d'illogique à imposer la prime successivement comme un apport, puis comme un revenu. Cette imposition a lieu à l'occasion de deux situations différentes : le versement de la prime et sa distribution. Il n'y a donc pas double emploi dans l'imposition.

82. Conditions d'exigibilité. — Sous l'empire de la loi du 29 juin 1872, la jurisprudence [23] exigeait deux conditions pour l'application de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières :

— une distribution par la société;

— et un profit représentant le produit de l'action.

La *Chambre civile*, depuis un arrêt du 19 novembre 1906 [24], exigeait en outre que les sommes ou valeurs distribuées proviennent de bénéfices réalisés par la société. Les sommes distribuées devaient donc être un bénéfice vis-à-vis de la société et vis-à-vis de l'ayant droit.

La *Chambre des requêtes*, au contraire, adoptant la thèse de l'Administration, n'exige pas, depuis 1929 [25], cette dernière condition : l'impôt est applicable même si les sommes distribuées ne sont pas des bénéfices.

Un *arrêt solennel des Chambres réunies* en date du 7 avril 1943 [26] a mis fin à la controverse. Les Chambres réunies se rallient à la jurisprudence de la Chambre civile, contre celle de la Chambre des requêtes et les prétentions de la Régie. Pour qu'il y ait application de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, il faut que les sommes distribuées soient un « produit des actions ». Or, les primes n'étant plus considérées depuis 1930 comme des bénéfices ne sauraient être des produits de l'action et ne sont donc pas imposables.

83. Rigueur de la loi du 31 décembre 1936. — Le différend entre la Chambre civile et la Chambre des requêtes a du reste été tran-

(23) Un très bon résumé de l'évolution jurisprudentielle, par Gustave George, *Journ. soc.*, 1936, p. 549 et suiv. Egalement Gaultier, *thèse*, p. 171 et suiv.

(24) D. P., 1907.1.353. — Civ., 2 avril 1930, S., 1931.1.242; 9 juill. 1941, S., 1941. 1.195.

Une seule exception, 13 févr. 1929, S., 1930. 1. 329 (2e espèce) : il s'agissait d'un rachat de parts de fondateur par remise aux porteurs de parts d'obligations productives d'intérêts.

(25) Req., 13 févr. 1929, D. H., 1929, p. 145.

(26) S., 1944.1.19, note P.T., ou J.C.P., 1943.1.2333 : *Soc. des Domaines d'El Alia c. Adm. de l'Enregistrement.*

ché, au profit de la Chambre des requêtes cette fois, par l'article 50 de la loi du 31 décembre 1936. Aux termes de cet article, l'impôt est dû, que les sommes ou valeurs distribuées « soient prélevées ou non sur des bénéfices ». Il y a donc deux solutions différentes :

— Sous le régime de la loi de 1872 et depuis l'arrêt des Chambres réunies de 1943 (27), la jurisprudence exonère de l'impôt les distributions de prime (28).

— Depuis la loi de 1936, les distributions de prime sont, au contraire, soumises à l'impôt.

L'ayant droit à la prime se trouve donc désormais dans une situation très dure. Il a toujours à payer l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, quelle que soit la forme de distribution de la prime : en deniers, en actions gratuites ou par rachat de parts de fondateur.

84. Ses atténuations. — Une double atténuation vient d'être apportée, au cas où les primes servent soit à une augmentation de capital, soit au rachat de parts de fondateur :

1° Atténuation légale dans le cas d'augmentation de capital. — La loi du 12 août 1942, art. 1er, exonère de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières les distributions de réserves effectuées à compter du 1er septembre 1942 sous la forme d'augmentation de capital.

Quoique n'étant pas un bénéfice, mais un supplément d'apport, la prime est portée à un fonds de réserve spécial (29). Cette affectation est considérée comme licite, parce que la prime n'entre pas dans le capital social, mais accroît le fonds social. N'étant pas soumise au principe de fixité, la prime peut donc être utilisée, comme n'importe quelle autre réserve, à augmenter le capital social. Elle est alors exonérée de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, en vertu de la loi du 12 août 1942.

2° Atténuation jurisprudentielle dans le cas de rachat de parts de fondateur. — En principe, depuis la loi de 1936, lorsque les primes servent au rachat de parts de fondateur, l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières est dû. L'arrêt des Chambres réunies du 7 avril 1943 a bouleversé les principes admis jusqu'alors.

(27) Cet arrêt se réfère à une espèce antérieure à la loi de 1936. Même après cette loi, il conserve sa portée dans certains cas. Voir nos 84 et 85.
(28) Civ., 6 juill. 1943, *Journ. soc.*, 1945, p. 105, note George.
(29) Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, no 888, avec les références.

Cet arrêt n'assujettit plus à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières le rachat de parts de fondateur effectué au moyen de primes. Il invoque deux raisons :

— Pour effectuer le rachat, la société se sert « *de fonds ne provenant pas de bénéfices sociaux* ». Cette raison, valable pour une affaire antérieure au régime de 1936, n'a plus actuellement qu'un intérêt relatif : elle ne s'applique qu'aux cas litigieux, non encore tranchés, qui se trouvent sous le régime de la seule loi de 1872.

— Mais l'impôt n'est pas dû pour une seconde raison : On se trouve en présence d'une opération de *rachat*, opération soustraite au champ d'application de la loi de 1872. C'est là qu'est la nouveauté.

M. George (30) ne semble pas avoir vu cette seconde raison invoquée par la Cour de cassation. Il n'accorde aucune valeur à l'arrêt pour les litiges nés postérieurement à la loi de 1936.

Cette interprétation restrictive ne nous paraît pas admissible, étant donné l'avant-dernier attendu de l'arrêt : « Attendu... qu'il (le jugement attaqué) reconnaît que l'opération litigieuse constituait un rachat par la société des parts de fondateur, d'ailleurs réalisé avec des fonds ne provenant pas de bénéfices sociaux... casse... ». L'arrêt distingue nettement les deux raisons de la non-imposition : le rachat de parts de fondateur et la réalisation de l'opération avec des sommes ne provenant pas de bénéfices sociaux.

85. Régime fiscal néanmoins très sévère. — Depuis 1936, toute distribution de primes est soumise à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières. La loi de 1942 fait une exception au cas où la prime est incorporée au capital. La jurisprudence exonère à son tour une autre forme de distribution : le rachat des parts de fondateur.

L'Administration, par l'intermédiaire du législateur (loi du 9 novembre 1943 modifiant l'art. 50 du C.V.M.), a limité le préjudice pécuniaire qu'une telle interprétation lui cause : l'impôt est exigible sur la différence entre le prix de rachat et la valeur originaire des parts.

Soumise au droit d'apport lorsqu'elle entre dans la société, soumise à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières lorsqu'elle

(30) *Journ. soc.*, 1945, p. 105, sous Civ., 6 juill. 1943. Le commentaire s'applique à une espèce semblable rendue par la Chambre civile quelques mois après l'arrêt des Chambres réunies.

est distribuée (sauf le cas d'augmentation de capital ou de rachat de parts de fondateur), ajoutée à la valeur des éléments nouveaux pour l'assiette de la contribution sur l'enrichissement prévue par l'ordonnance du 15 août 1945, sauf s'il s'agit de premier emploi ou de premier remploi d'éléments anciens du patrimoine (31), la prime est fiscalement désavantageuse pour les actionnaires.

§ 3. — *Rôle fiscal de la prime dans le fonds social.*

86. Division. — La prime, ainsi que nous venons de le voir, est taxée lorsqu'elle est versée par l'actionnaire ou distribuée par la société. Mais, indépendamment de cette taxation, du seul fait de son existence dans le fonds social, la prime entre en ligne de compte pour le calcul de l'assiette de certains impôts payés soit par les actionnaires, soit par la société. Nous allons étudier son rôle dans ces deux hypothèses.

I. — *VIS-A-VIS DES ACTIONNAIRES*
(Limitation des dividendes.)

87. Préjudice direct (*Capital non appelé*). — Vis-à-vis des actionnaire, la prime joue un rôle en matière de limitation de la répartition des dividendes (loi du 28 février 1941, abrogée par l'art. 68-1° de l'ordonnance du 15 août 1945). L'article 3 de la loi du 28 février 1941 retient comme maximum de répartitions autorisées par les sociétés constituées depuis le 1er janvier 1940 « huit pour cent du capital appelé ».

Il est évident que plus le capital appelé est important, plus le maximum de dividendes distribuables est lui-même élevé. Or, les primes sont un supplément d'apport et sont versées lors de la souscription (loi du 4 mars 1943, art. 1er). Mais elles entrent dans le fonds social et non dans le capital social : elles n'étaient donc pas comprises dans le capital appelé (32).

Il y avait là un désavantage pour la société. Il aurait été préférable pour elle que l'émission ait eu lieu sans primes et que le capital appelé ait été plus élevé.

(31) Les actionnaires propriétaires d'actions entrant dans les éléments anciens de leur patrimoine ont donc été désavantagés lorsqu'ils ont souscrit entre le 1er janvier 1940 et le 4 juin 1945 à une émission d'actions avec prime : si, en effet, l'émission avait eu lieu sans prime (c'est-à-dire au pair), le droit préférentiel de souscription aurait repris toute sa valeur et les actionnaires n'auraient eu à comprendre dans les éléments nouveaux que le montant nominal de l'action.

(32) Dans le même sens : HAMEL, *La limitation des dividendes et des tantièmes*, A.N.S.A., mai 1941, p. 17.

Ce désavantage est direct : toute somme qui n'entre pas dans le capital appelé diminue forcément celui-ci.

88. Avantage direct. — En revanche, les sociétés ayant clos plus de trois exercices sociaux avant le 1er janvier 1940 ne pouvaient répartir des sommes totales supérieures aux sommes totales distribuées pour celui des trois derniers exercices clos avant le 1er janvier 1940, qui avait donné lieu aux répartitions les plus élevées (art. 1er-1°).

Une distribution de primes effectuée lors de l'exercice de comparaison augmentait les « sommes totales distribuées » et, par conséquent, le maximum distribuable. Il y avait là un avantage direct pour la société.

Deux conditions étaient cependant nécessaires. Il fallait :

1° que les primes aient été distribuées à ceux qui n'en avaient pas fait l'apport;

2° que cette distribution ait eu lieu dans l'exercice social de leur versement (33).

L'avantage était plus théorique que pratique, car ces conditions se trouvaient rarement réalisées.

II. — *VIS-A-VIS DE LA SOCIETE*

(B.I.C. Prélèvement temporaire. Impôt de solidarité.)

89. Avantage indirect (*B.I.C.*). — La société est assujettie à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux. Cet impôt a pour assiette le bénéfice net de la société. Le bénéfice net est constitué par la différence entre :

— le bénéfice brut et les revenus accessoires et gains divers, d'une part;

— les frais et charges, d'autre part.

Or, les primes n'entrent pas dans les profits accessoires (34). Elles n'augmentent donc pas l'assiette de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux : c'est là un avantage pour la société.

(33) Instr. 4595, § II, 7°.

(34) Réponse du Ministère des Finances, 21 août 1927, déb. Ch., p. 2743, n° 13209.

Mais les primes ne diminuent pas non plus cette assiette : il faudrait pour cela qu'elles entrent dans la catégorie des « frais et charges », ce qui ne saurait évidemment avoir lieu. L'avantage est donc indirect, en ce sens que, sans augmenter l'assiette de l'impôt, il ne la diminue pas.

90. Avantage direct. — En matière de prélèvement temporaire et d'impôt de solidarité, l'avantage de la prime devient direct.

Prélèvement temporaire. — La loi du 30 janvier 1941 (abrogée à compter du 1er janvier 1945 par l'article 75 de l'ordonnance du 15 août 1945) a créé un prélèvement temporaire sur les excédents de bénéfices. Ce prélèvement s'appliquait aux bénéfices qui excédaient l'intérêt à 6 p. 100 l'an « *des capitaux engagés* » (art. 7). Toutes les sommes qui entraient dans les capitaux engagés augmentaient le bénéfice de comparaison et offraient donc un intérêt pour la société.

La prime, considérée comme un supplément d'apport, entrait dans la catégorie des capitaux engagés (35). La société voyait ainsi diminuer l'assiette du prélèvement temporaire. C'était pour elle un avantage direct.

Etat souscripteur. — Aux termes de l'article 76 § 3 al. 2 de l'ordonnance du 15 août 1945, la société qui, après le 4 juin 1945, procédait à une augmentation de capital par apports en espèces ou en nature devait tenir compte à l'Etat de la moins-value que cette opération causait aux titres anciens. Si l'augmentation de capital avait lieu par souscription d'actions émises avec primes, il fallait tenir compte des primes pour le calcul de la moins-value, puisque les primes entrent dans le fonds social.

Nous avons vu (36) que la loi du 31 décembre 1945 a modifié l'article 46 § 3 de l'ordonnance précitée : les sociétés doivent prendre les dispositions nécessaires pour que l'Etat puisse participer, s'il le désire, aux augmentations de capital réalisées par une émission d'actions nouvelles depuis le 4 juin 1945. La souscription de l'Etat doit avoir lieu aux mêmes conditions que l'augmentation de capital à laquelle elle se rapporte.

L'Etat doit donc verser une prime si l'émission au profit des autres actionnaires comportait cette modalité. Il est peu probable qu'il y consente et qu'il souscrive (37).

(35) Caillez, *Gaz. Pal.*, 17 févr. 1943; — Rampon, J.C. P., 1941, D. 202. n° 29.
(36) Voir n° 36.
(37) Pour les raisons que nous avons déjà dites au n° 37.

Le régime fiscal de la prime, supplément d'apport, peut se résumer dans le tableau suivant :

1° Versement de la prime.

— Droit d'apport 1 %.

— Discuté en cas de non-mention dans le procès-verbal soumis à la formalité (arrêts de 1935 et de 1940).

2° Distribution de la prime.

a) *Au propriétaire de l'action l'ayant versée :*

Remboursement d'apport : pas d'impôt sur le revenu des valeurs mobilières.

b) *A d'autres personnes :*

α. Loi de 1872 : pas d'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (arrêt des Chambres réunies de 1943).

β. Loi de 1936 : impôt sur le revenu des valeurs mobilières (30 %) et impôt général sur le revenu.

Sauf :

1° Augmentation de capital au moyen de primes (loi de 1942);
2° Rachat de parts de fondateur (arrêt des Chambres réunies de 1943).

3° Rôle fiscal de la prime dans le fonds social.

a) Vis-à-vis des actionnaires (limitation des dividendes)	Avantage et préjudice	direct	
b) Vis-à-vis de la société	Avantage	direct et indirect	Prél. temp. Imp. sol. B.I.C.

Ce régime fiscal est très dur. La prime paie, tour à tour, le droit d'apport et l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières. Cependant, même depuis le décret-loi de 1935, les émissions d'actions avec primes sont fréquentes. La seule condition pratiquement nécessaire est que la société émettrice soit prospère.

Mais il arrive aussi qu'une société ait fait de mauvaises affaires et désire reconstituer son fonds de roulement. Comment s'y prend-elle pour attirer les capitaux?

SECTION II

EMISSION D'ACTIONS DE PRIORITE
ACTIONS A VOTE PLURAL

91. Leur objectif. — Une société qui périclite a besoin d'un fonds de roulement. Elle peut obtenir des capitaux en procédant à une émission d'actions nouvelles. Mais ces actions ne trouveront guère d'acquéreurs, ni parmi les actionnaires anciens, qui n'utiliseront pas leur droit préférentiel de souscription, ni parmi le public, peu enclin à entrer dans une affaire en mauvaise posture. Il faut attirer les nouveaux souscripteurs en leur accordant des avantages, aux modalités diverses, par rapport aux actions anciennes : c'est le rôle des actions de priorité.

Si même le capital social a été entamé, il faut procéder à une réduction de ce capital pour le mettre en harmonie avec le fonds social, avant de songer à émettre des actions nouvelles : On réalise alors ce qu'on appelle « un coup d'accordéon ». Cet assainissement préalable permet la distribution rapide de dividendes. S'il n'avait pas lieu, il faudrait reconstituer le capital social avec les premiers bénéfices, avant de pouvoir les distribuer aux actionnaires.

92. Leurs droits. — Les droits conférés aux actions de priorité ne constituent pas un avantage particulier, soumis à la vérification de l'article 4 de la loi de 1867. En effet, la souscription est réservée par préférence à tous les actionnaires anciens. Les actionnaires qui souscrivent ne sont donc pas avantagés, au sens de l'article 4, par rapport à ceux qui s'abstiennent.

Si la souscription est réservée à des non-actionnaires, la suppression du droit préférentiel des actionnaires est décidée par l'assemblée générale extraordinaire qui statue en connaissance de cause.

Ces droits sont variés. Nous ne saurions énumérer les multiples particularités inventées par la pratique et que l'article 34 du Code de commerce classe en trois catégories : droits d'antériorité :

— soit sur les bénéfices (intérêt statutaire, superdividende);
— soit sur l'actif social (en cas d'amortissement d'actions ou de réduction du capital);
— soit sur les deux à la fois.

L'article 34 du Code de commerce stipule encore que les actions de priorité peuvent jouir de « certains avantages » par rapport aux actions ordinaires. En quoi consistent-ils?

C'était souvent, avant le décret-loi du 8 août 1935, un *droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital*. Les actions de priorité qui avaient acquis ce droit avant la promulgation du décret précité le conservent. Par contre, celles qui ne l'avaient pas encore ou qui ont été créées postérieurement ne peuvent plus se voir conférer un tel avantage.

C'était aussi un *droit de vote plural*. La création d'actions à droit de vote plural a été interdite par la loi du 26 avril 1930. Puis ces actions ont été supprimées par la loi du 13 novembre 1933. Mais la pratique a trouvé des palliatifs à cette suppression. La création d'actions à vote plural est encore possible grâce à une augmentation de capital. Nous allons examiner les procédés qui ont été employés.

La création d'un privilège de votation servant, non seulement à attirer des souscripteurs nouveaux dans une société qui périclite, mais permettant également au conseil d'administration ou à un groupe d'actionnaires d'acquérir la maîtrise d'une affaire prospère, nous envisagerons simultanément ces deux cas.

§ 1er. — *Régime légal.*

93. Evolution législative. — Les actions à droit de vote plural sont apparues après la guerre de 1914. Elles étaient basées sur la loi du 16 novembre 1903, autorisant la création d'actions de priorité. Leur emploi, malgré les avantages qu'il présentait, ayant entraîné des abus et soulevé des critiques (38), le législateur a été amené à le réglementer.

La loi de finances du 26 avril 1930 (art. 6) laisse subsister les actions à droit de vote plural qui existent déjà, mais interdit que l'on en crée de nouvelles.

Proportionnalité du droit de vote au capital souscrit. — La loi du 13 novembre 1933 change de point de vue (39) : elle pose le principe que le droit de vote doit être proportionnel à la

(38) Tamboise, *Le nouveau régime du droit de vote dans les sociétés par actions d'après la loi du 13 novembre 1933*, thèse Lille, 1935, p. 15 à 30.

(39) Un intéressant résumé historique des origines et de l'application de la loi du 13 novembre 1933, par Lacroix, sous le titre : *Les actions à vote plural* (*Revue politique et parlementaire*, 1936, p. 85 et suiv.).

quotité du capital souscrit (art. 1er). Les actions à droit de vote plural ne sont donc plus autorisées. On ne peut pas en créer, et celles qui existent doivent disparaître dans un délai de deux ans (art. 3) (40).

VOTE DOUBLE DES ACTIONS NOMINATIVES. — Par contre, revenant sur l'interdiction édictée par la loi de 1930, la loi de 1933 autorise les sociétés à attribuer des actions à droit de vote double de celui des actions au porteur. Cette attribution a lieu :

— soit dans les statuts aux actions nominatives libérées dès l'origine;

— soit dans les statuts ou par une décision de l'assemblée générale extraordinaire ultérieure, à toutes les actions libérées, nominatives et inscrites au nom du même actionnaire depuis deux ans au moins (art. 1er al. 2).

ACTIONS A VOTE PLURAL DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE. — De plus, l'article 6 apporte une dérogation au principe posé dans l'article 1er. Dans les sociétés où le capital est, pour un motif d'intérêt général, en partie propriété de l'Etat ou d'établissements publics et dans les sociétés concessionnaires, le droit de vote continuera à être réglé par les statuts en vigueur au jour de la promulgation de la loi.

On continue donc à appliquer à ces seules sociétés la loi de 1930 : les actions à droit de vote plural déjà créées subsistent, mais il est interdit à l'avenir d'en émettre de nouvelles.

Le régime légal actuel en matière de droit de vote peut se résumer dans le tableau suivant :

Une règle (loi du 1er mai 1930) :

Interdiction de créer des actions à droit de vote plural.

Deux exceptions (loi du 13 novembre 1933) :

1° Vote double des actions nominatives (art. 1er al. 2);
2° Vote plural des sociétés d'économie mixte (art. 6).

94. Inconvénients du régime légal. — La suppression des actions à droit de vote plural a gêné particulièrement les administrateurs, qui, très souvent, utilisaient ces actions pour conserver la maîtrise d'une affaire. Cette suppression s'est fait sentir d'une façon

(40) Ce délai a expiré le 16 novembre 1935 (Trib. comm. Seine, 9 nov. 1936, *Journ. soc.*, 1937, p. 691).

d'autant plus sensible qu'une loi du 16 novembre 1940 (art. 4 al. 5 à 7) aggrave la responsabilité des administrateurs. Ceux-ci ne sont cependant pas sans défense : à défaut d'actions à vote plural, ils ont à leur disposition un certain nombre de moyens pour stabiliser le contrôle. Citons notamment le verrouillage réciproque (41), l'intervention de syndicats de blocage, l'utilisation des pouvoirs en blanc (42).

D'ailleurs, malgré le principe posé par la loi de 1933, la pratique a trouvé des moyens pour tourner l'interdiction législative.

§ 2. — *Les privilèges de fait en matière de votation.* (*Leur évolution depuis la loi du 13 novembre 1933.*)

95. Cas de privilège de votation. — Des augmentations de capital réalisées dans certaines conditions permettent d'attribuer :

— un droit de vote double aux actions anciennes;

— un droit de vote quadruple aux actions nouvelles;

— un droit de vote plural aux actions anciennes ou nouvelles.

Le législateur, peu à peu, diminue la possibilité de créer ces privilèges de votation. Il ne les a pas encore radicalement supprimés.

I. — *CRÉATION D'UN DROIT DE VOTE DOUBLE AU PROFIT DES ACTIONS ANCIENNES*

96. 1° Actions anciennes nominatives et libérées dès l'origine. — Les possesseurs d'actions anciennes peuvent se faire attribuer un droit de vote double par rapport aux actions au porteur, conformément à la loi de 1933. Cette attribution suppose que les actions anciennes obéissent aux règles légales, c'est-à-dire qu'elles sont nominatives, intégralement libérées, et qu'éventuellement elles ont fait un stage de nominativité d'au moins deux ans.

La loi admet que les statuts réservent le droit de vote double à une catégorie particulière d'actionnaires anciens : ceux qui possèdent des actions nominatives libérées dès l'origine.

Si la société procède ultérieurement à une augmentation de

(41) Decugis, *Journ. soc.*, 1930, p. 484; Tamboise, thèse, *op. cit.*, p. 293. — Le verrouillage réciproque est limité par l'article 8 de la loi du 4 mars 1943. Il peut être remplacé par une participation entre trois sociétés (voir n° 40).

(42) Tamboise, thèse, p. 281 et suiv.

capital, jamais les actions émises, même nominatives et intégralement libérées, n'auront le droit de vote double (43). Il y a là plus qu'un privilège de fait. C'est un privilège légal, mais ce privilège n'est qu'éventuel : toutes les actions anciennes ne l'ont pas de plein droit. Il est nécessaire que les conditions supplémentaires prévues par la loi soient remplies.

97. 2° Actions nouvelles partiellement libérées. — Indépendamment de ce cas, les actionnaires anciens, lorsqu'ils ont le droit de vote double, peuvent faire en sorte que les actions nouvelles ne l'obtiennent pas. Il leur suffit d'empêcher la réalisation d'une des conditions exigées par la loi pour l'obtention du droit de vote double.

Ils ne peuvent cependant pas obliger les actions nouvelles à rester au porteur : L'article 38 al. 1er du C.V.M. déclare en effet que les statuts ne peuvent enlever aux actionnaires le droit de convertir leurs titres au porteur en titres nominatifs.

Ils peuvent, par contre, empêcher que l'action nouvelle ne soit libérée intégralement, en appelant seulement les 9/10 de son montant par exemple. Les sommes déboursées par les actionnaires anciens et nouveaux sont alors sensiblement les mêmes. Cependant, les premiers ont deux fois plus de voix que les seconds.

L'avantage ainsi conféré est encore possible, même depuis la loi de 1943. Nous verrons (n° 100) que l'avantage est alors limité dans le temps : il ne peut jamais dépasser cinq ans, délai extrême prévu pour la libération intégrale des actions.

Remarquons que si l'action nouvelle, au lieu d'être presque intégralement libérée, n'est libérée que d'un quart, c'est elle qui a un privilège de votation par rapport à l'action ancienne, étant donné le capital effectivement versé.

En effet :

— une action ancienne de 100 francs donne 2 voix pour 100 fr. versés;

— une action nouvelle de 100 francs donne 1 voix pour 25 francs versés.

Ce qui, à capital égal versé, donne deux fois plus de voix à l'action nouvelle qu'à l'action ancienne.

(43) Houpin et Bosvieux, *Traité*, 7e éd., n° 1184, VI, p. 376.

98. 3° Durée du stage des actions nouvelles. — Les actionnaires anciens peuvent encore modifier la durée du stage de fidélité prévu par la loi. La loi prévoit en effet que les actions doivent rester nominatives « deux ans au moins » pour avoir le droit de vote double (44). Mais « une loi qui tend à limiter les privilèges de vote autorise implicitement les parties à renchérir sur ses exigences. Plus le stage sera long, moins nombreuses seront les exceptions de cette loi d'égalité, qui, pour le législateur, demeure le droit idéal » (Lagarde) (45).

Dès lors, des actionnaires anciens possédant des actions nominatives depuis de nombreuses années ont intérêt à faire décider par l'assemblée générale extraordinaire la création d'un droit de vote double au profit des actions nominatives, libérées, ayant effectué un stage d'une certaine longueur.

Si la société procède ultérieurement à une augmentation de capital, les actions émises doivent être libérées, depuis la loi de 1943, dans un délai de cinq ans. Même si elles sont nominatives, elles n'auront le droit de vote double que lorsqu'elles auront satisfait au stage exprimé par la décision de l'assemblée générale extraordinaire.

L'attribution d'un droit de vote double serait favorable dans ces conditions aux administrateurs de sociétés qui sont obligés de posséder des actions de garantie, actions obligatoirement nominatives. Pratiquement, la loi n'exigeant pas un nombre minimum d'actions de garantie, leur nombre est toujours très peu élevé. Il le serait davantage si le législateur se conformait aux vœux de la doctrine (46).

Le droit de vote double peut être également intéressant dans l'avenir, étant donné la suppression progressive des actions au porteur et leur remplacement par des actions nominatives : avant de procéder à une augmentation de capital, les actionnaires anciens peuvent s'assurer de la sorte un privilège de votation pendant un certain nombre d'années.

(44) Pour le point de départ du délai minimum de deux ans, voir LETELLIER, *Le droit de vote de l'actionnaire*, thèse Paris, 1942, p. 69-70.

(45) LAGARDE, *Le droit de vote dans les assemblées d'actionnaires des sociétés par actions*, A.N.S.A., 1934, p. 12. — Dans le même sens : BOSVIEUX, *Journ. soc.*, 1934, p. 30, note 43; — LETELLIER, thèse, p. 69; — HOUPIN et BOSVIEUX, 7e éd., 1181, VIII, p. 380, note 1.

(46) RIPERT, *Cours*, p. 372.

II. — *CREATION D'UN DROIT DE VOTE QUADRUPLE AU PROFIT DES ACTIONS NOUVELLES*

99. Exposé du système. — Le privilège de vote quadruple est basé sur les deux règles suivantes :

1° *Le capital versé n'est pas forcément égal au capital souscrit.* En effet, l'article 1er de la loi de 1933 décide que « le droit de vote attaché aux actions est obligatoirement proportionnel à la quotité de capital social souscrit qu'elles représentent ».

2° *Quel que soit le capital versé, chaque actionnaire a droit à une voix :* L'article 1er de la loi du 24 juillet 1867 exige, lors de la souscription, que « le versement en espèces par chaque actionnaire d'un quart au moins du montant des actions souscrites par lui ».

En rapprochant ces deux textes, nous voyons qu'un capital souscrit de 100 francs, par exemple, peut ne représenter qu'un versement effectif de 25 francs seulement (soit le 1/4 du capital souscrit).

Si on procède à une augmentation de capital, on peut avantager, soit les actionnaires anciens, soit les actionnaires nouveaux.

Action ancienne. — On avantage les actionnaires anciens lorsque ceux-ci n'ont versé que le 1/4 du montant nominal de leurs actions, alors qu'on exige des nouveaux actionnaires la libération intégrale et immédiate des actions qu'ils ont souscrites.

Les actionnaires anciens n'ont déboursé que 25 francs. Ils ont cependant droit à une voix.

Les actionnaires nouveaux ont déboursé 100 francs. Ils ont droit à une voix aussi.

Par conséquent, à égalité de capital versé, les anciens actionnaires ont quatre fois plus de voix que les nouveaux.

Action nouvelle. — Au contraire, la situation est inversée et les actionnaires nouveaux sont avantagés par rapport aux anciens si ces derniers ont déboursé le montant nominal de leurs actions, alors que les autres ne les ont libérées que du quart.

Le législateur a bien vu cette échappatoire. Il n'a pas voulu l'empêcher, parce qu'il considère qu'il n'y a pas de différence de principe entre l'action entièrement ou partiellement libérée : Le souscripteur de l'action partiellement libérée est toujours à la merci d'un appel de fonds complémentaire et l'engagement est le même, que l'action ait été libérée du quart ou de la totalité.

En droit, ce raisonnement est fort judicieux; seulement, en pratique, les actionnaires à qui l'avantage est concédé s'arrangeront pour que le capital non versé ne soit jamais appelé. Il faut évidemment, pour que leur manœuvre réussisse, qu'ils aient la majorité dans la société. Ils pourront ainsi ne pas appeler le non versé. Si l'appel de fonds est mis à l'ordre du jour d'une assemblée, ils le repousseront.

Quoi qu'il en soit, le procédé dont nous venons d'exposer le mécanisme est parfaitement légal (47), puisque le législateur tient compte seulement du capital souscrit et non du capital effectivement versé.

100. Double limitation (*Loi du 4 mars* 1943). — La loi du 4 mars 1943 a porté une double limitation à cette pratique, tant en ce qui concerne le privilège des actionnaires anciens que celui des actionnaires nouveaux. Cependant, elle frappe inégalement les deux catégories d'actionnaires.

Action ancienne. — L'article 4 al. 1er décide qu'aucune augmentation de capital en numéraire ne peut, à peine de nullité, être réalisée si le capital ancien n'est pas, au préalable, *intégralement libéré* (48). Une exception est prévue au cas où l'augmentation de capital a lieu au profit des personnes empêchées au sens de la loi du 14 août 1941.

Le remède est radical et les actionnaires anciens ne peuvent plus avoir le droit de vote quadruple en procédant à une émission d'actions entièrement libérées, alors qu'eux-mêmes n'avaient versé que le quart de leur souscription.

Nous avons vu précédemment que, même entièrement libérées, les actions anciennes peuvent encore avoir un privilège de votation. Mais elles n'ont alors qu'un droit de vote double.

Action nouvelle. — De leur côté, les actionnaires nouveaux peuvent avoir un droit de vote quadruple lorsque les actions anciennes sont intégralement libérées. Il suffit que la société les autorise à ne verser, lors de la souscription, que le 1/4 du montant nominal des actions nouvelles.

Le législateur aurait pu supprimer ce privilège de votation. Il suffisait de modifier l'article 1er de la loi de 1867 et de décider

(47) Cf. Maurel, *Le nouveau statut des actions à vote privilégié : Loi du 13 novembre* 1933, thèse Toulouse, 1934, p. 123 à 125; Bosvieux, *Journ. soc.*, 1934, p. 12, note 17; Tamboise, thèse, *op. cit.*, p. 254.

(48) Par conséquent, et *a contrario*, l'augmentation de capital non réalisée en numéraire (apport en nature, conversion de réserves en actions) serait licite.

que le versement du montant intégral des actions se ferait en même temps que la souscription. Cette mesure aurait été trop brutale, pas assez souple.

La loi de 1943, article 1er, prend une solution intermédiaire : Lors de la souscription, les actions nouvelles peuvent n'être libérées que du quart, mais — et c'est là que se trouve la nouveauté — le surplus doit être libéré en une ou plusieurs fois, dans un délai maximum de cinq ans à compter du jour où est devenue définitive l'augmentation de capital.

La loi dit que le surplus doit être « *libéré* » dans les cinq ans. La doctrine, prenant le terme dans un sens large, pense qu'il s'agit plus de l'appel des fonds que de la libération des actions proprement dites (49).

Donc, pendant cinq ans, les actions nouvelles peuvent donner un droit de vote quadruple par rapport aux actions anciennes. Mais, passé ce délai, le privilège de votation s'éteint.

Le remède apporté, en ce cas, par la loi de 1943, est radical, mais ne produit d'effet qu'au bout d'un certain temps.

III. — *CREATION D'UN DROIT DE VOTE PLURAL AU PROFIT DES ACTIONS ANCIENNES OU NOUVELLES*

101. Différence de valeur boursière. — Contrairement au cas précédent, nous supposons ici les actions anciennes et nouvelles libérées de la même somme. Le droit de vote plural résulte alors d'une différence de valeur boursière entre les deux catégories. Supposons que les actions anciennes émises à 1.000 francs soient cotées 500 francs et que les actions nouvelles émises également à 1.000 francs soient cotées 3.000 francs. Les actions anciennes ont un privilège de votation. Avec 3.000 francs, on peut acheter 6 actions anciennes ou 1 action nouvelle.

— Dans le premier cas, on obtient 6 voix.

— Dans le second cas, on n'en obtient qu'une seule.

Diminution de droits. — Le privilège de votation résultant d'une différence de cours ne peut être acquis que par une diminution des avantages accordés à l'action ancienne : celle-ci gagne en voix ce qu'elle perd en avantages. Inversement, l'action nouvelle gagne en avantages ce qu'elle perd en voix.

(49) En ce sens : Bosvieux, *Journ. soc.*, 1943, p. 12; Percerou, D. crit., 1943. 1. 61; Bastian, J. C. P., 1943. 1. 348.

L'avantage modifié est en général le droit aux dividendes. En effet, la plupart des actionnaires tiennent surtout compte des dividendes que l'action leur permet de toucher (50). Si donc l'action nouvelle émise lors d'une augmentation de capital donne droit à un dividende 5 ou 6 fois supérieur à celui de l'action ancienne, l'action nouvelle sera cotée à un cours plus élevé que l'action ancienne. Les actionnaires, qui s'intéressent davantage au revenu de l'action qu'au droit de vote, ont donc intérêt à souscrire à l'émission d'actions nouvelles et à vendre leurs actions anciennes.

Supposons un actionnaire possédant 102 actions d'une valeur nominale de 1.000 francs, cotées 500 francs. Il a un capital de 51.000 francs (500 × 102).

La société crée de nouvelles actions au nominal de 1.000 francs émises avec une prime de 2.000 francs. L'actionnaire a intérêt à procéder à la double opération suivante :

Il souscrit pour 51.000 francs à l'augmentation de capital : il acquiert ainsi 17 actions nouvelles (51.000 : 3.000). Puis il revend moyennant 51.000 francs ses 102 actions anciennes.

Avec un capital de 51.000 francs, il avait 102 actions anciennes, donc 102 voix.

Avec le même capital, il acquiert 17 actions nouvelles. Il n'a plus que 17 voix.

Le privilège de votation de l'action ancienne est donné par le rapport : $\frac{102}{17} = 6$.

Inversement, le privilège de votation peut être conféré à l'action nouvelle : on diminue son droit au dividende de façon à lui donner une valeur boursière inférieure à celle de l'action ancienne (51).

102. Différence de valeur nominale. — Signalons un autre cas de privilège de votation. Il est basé sur l'existence dans la société d'actions à valeurs nominales différentes.

Supposons une société ayant des actions d'une valeur nominale de 500 francs donnant droit à une voix. Elle émet des actions

(50) Cette affirmation suppose une période de stabilité monétaire. Au contraire, en période d'inflation, l'action est considérée principalement comme un refuge pour les capitaux. Le dividende escompté devient une préoccupation accessoire.

(51) Voir, sur ce point, GAILLARD, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1933, p. 436-437.

nouvelles d'une valeur nominale de 100 francs. L'action de 100 francs n'a que 1/5 de voix. Il faut donc 5 actions nouvelles pour avoir 1 voix.

Inversement, le privilège de votation peut être conféré aux actions nouvelles. Les actions anciennes sont au nominal de 100 francs et les actions nouvelles sont émises au nominal de 500 francs. Il est convenu que l'action nouvelle donne droit à 1 voix. L'action ancienne n'a donc plus que 1/5 de voix.

Ce privilège a été supprimé par l'article 1er-1° du décret-loi du 30 octobre 1935, aux termes duquel « chaque action donne droit à une voix au moins ». Désormais, l'action à nominal de 100 francs a 1 voix. Comme le droit de vote est « obligatoirement proportionnel à la quotité du capital souscrit » (art. 1er al. 1 loi du 13 novembre 1933), les actions à nominal de 500 francs ont 5 voix (52).

La question du privilège de votation peut se résumer dans le tableau suivant :

1° Droit de vote double des actions anciennes.

a) *Actions anciennes nominatives libérées dès l'origine :*
Privilège à durée illimitée.

b) *Actions anciennes nominatives libérées ou non dès l'origine :*
α. Non-appel du non-versé pour les actions nouvelles :
Privilège limité à cinq ans.
β. Augmentation de la durée du stage de fidélité :
Privilège à durée variable.

2° Droit de vote quadruple des actions nouvelles.

a) *Avant la loi de* 1943 :
α. *Accordé implicitement aux actions anciennes au cas de :*
— Actions anciennes libérées de 1/4;
— Actions nouvelles intégralement libérées.
β. *Accordé implicitement aux actions nouvelles au cas inverse :*
— Actions anciennes intégralement libérées;
— Actions nouvelles libérées de 1/4.

b) *Après la loi de* 1943 :
α. *Actions anciennes :*
Impossible.
Libération intégrale exigée préalablement à toute augmentation de capital par appel d'argent frais (art. 4 al. 1er).
β. *Actions nouvelles :*
Possible.
Pendant cinq ans seulement (art. 1er).

(52) Consulter Solus, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de* 1935 *et de* 1937, p. 277.

3° Droit de vote plural des actions anciennes ou nouvelles.

a) *Au profit de l'action ancienne :*

α. *Action ancienne :* Valeur boursière diminuée (par suppression d'avantages). = 1 voix

β. *Action nouvelle :* Valeur boursière augmentée (par acquisition d'avantages). = 1 voix

A capital investi en actions anciennes correspond

— un plus grand nombre d'actions;
— un plus grand nombre de voix.

b) *Au profit de l'action nouvelle :*

Au cas inverse du précédent.

CHAPITRE III

APPORTS EN NATURE

103. Vérification des apports. — Nous avons étudié jusqu'à présent le cas où une société procède à une augmentation de capital par appel d'argent frais. Une société peut également augmenter son capital en faisant appel, non pas à des espèces, mais à des biens en nature.

En cette hypothèse, les actions nouvelles ne peuvent être attribuées qu'à l'apporteur. Il n'y a alors évidemment pas lieu de réserver le droit préférentiel de souscription des anciens actionnaires, ce droit ne s'exerçant que dans le cas d'émission d'actions de numéraire.

Les formalités à accomplir pour la réalisation de l'augmentation de capital sont les mêmes que lors de la constitution de la société :

- Décision d'augmenter le capital prise par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires;
- Publicité préalable à la souscription;
- Souscription des actions;
- Libération des actions;
- Déclaration notariée de souscription et de versement;
- Enfin vérification de la déclaration notariée et, s'il y a lieu, vérification et approbation des apports en nature et des avantages particuliers.

Un problème se pose à propos des assemblées de vérification : quelle est la nature de ces assemblées ? sont-elles régies par les règles des assemblées constitutives ou par celles des assemblées générales extraordinaires ? Le problème n'est pas nouveau. Des arrêts récents lui donnent une solution différente de celle adoptée jusqu'alors par la doctrine et par la pratique.

104. Fusion par annexion. — L'apport en nature peut consister en biens meubles ou immeubles. Il peut consister également en

l'apport de l'actif d'une société. Il y a alors fusion par annexion d'une société à une autre société déjà constituée qui continue à subsister. La société absorbée apporte son actif à la société absorbante, qui lui remet des actions en échange. Ces actions sont ensuite réparties entre les ayants droit de la société qui disparaît.

Intéressante au point de vue du rendement économique des entreprises, la fusion est fiscalement favorisée par la loi du 12 août 1942, mais la vague de nationalisations empêche actuellement cette opération.

Nous étudierons ici les deux questions suivantes ;

Section I : Nature des assemblées de vérification.

Section II : Fusion par annexion.

SECTION PREMIERE

NATURE DES ASSEMBLEES DE VERIFICATION (1)

105. Modes de délibération des assemblées constitutives et des assemblées générales extraordinaires. — Les assemblées de vérification doivent-elles obéir aux règles des assemblées constitutives ou à celles des assemblées générales extraordinaires ?

— Dans le premier cas, le quorum est de 1/2 et, à défaut, de 1/5. La délibération est valablement acquise à la majorité des voix. Chaque action donne droit à 1 voix. Chaque actionnaire a un maximum de 10 voix, tant par lui-même que comme mandataire.

— Dans le second cas, le quorum passe de 2/3 à 1/2, puis à 1/3 (art. 31). La libération doit être acceptée à la majorité des 2/3 des voix des actionnaires présents ou représentés. Chaque action donne droit à 1 voix au moins. Eventuellement, les statuts limitent le nombre de voix dont peut disposer un actionnaire.

Le problème de la nature des assemblées de vérification s'est posé lorsque l'augmentation de capital avait lieu par apport en nature. Il existe également lorsque l'augmentation de capital a lieu par appel d'argent frais. Nous étudierons donc simultanément les deux cas.

I. — *LE POINT DE VUE DE LA PRATIQUE ET DE LA DOCTRINE*

106. Assemblée constitutive. — Lorsqu'une société procède à une augmentation de capital par apport en nature, elle doit réunir successivement plusieurs assemblées d'actionnaires :

— Une première assemblée décide le principe de l'augmentation de capital.

— Une seconde assemblée vérifie la sincérité de la déclaration notariée de souscription et de versement et nomme un ou plusieurs commissaires aux apports (2).

(1) Voir : CORDONNIER, note sous arrêt Ch. civ., 12 juill. 1937, D., 1938. 1. 79; LAGARDE, note sous le même arrêt, *Revue générale de droit commercial*, 1938, p. 521 et suiv.; BASTIAN, *De la nature des assemblées appelées à se prononcer sur la réalisation d'une augmentation de capital*, J. C. P., 1942. 1. 239.

(2) Lorsqu'il y a simplement un apport en numéraire et pas d'apport en nature, la deuxième assemblée ne nomme évidemment pas de commissaire aux apports. Elle se contente de vérifier la déclaration notariée et de constater en outre la réalisation de l'augmentation de capital.

— Enfin, une troisième assemblée approuve les apports en nature et constate la réalisation de l'augmentation de capital.

La nature juridique de la première assemblée ne soulève pas de difficulté. C'est une assemblée générale extraordinaire. Cette assemblée obéit aux règles édictées par l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867.

Souvent, cette assemblée modifie l'article des statuts relatif au capital social, sous condition suspensive de la réalisation de l'opération.

Si les statuts n'ont pas été modifiés par la première assemblée, ils doivent l'être par la deuxième assemblée s'il n'y a pas d'apport en nature, et par la troisième assemblée s'il y a des apports en nature. Quelle est la nature de ces assemblées ?

La majorité de la doctrine (3), les notaires et les fondateurs de société, partant de l'idée qu'il faut étendre à l'augmentation de capital les règles relatives à la constitution du capital originaire (4), les considéraient comme des assemblées constitutives, donc soustraites aux prescriptions de l'article 31.

II. — *LE POINT DE VUE DE LA JURISPRUDENCE*

107. Assemblée générale extraordinaire. — Un arrêt de la Chambre civile du 12 juillet 1937 (5) a bouleversé la pratique employée jusqu'alors. Cet arrêt stipule que « l'augmentation de capital d'une société anonyme (une assemblée antérieure l'eût-elle même décidée) ne peut être réalisée et les statuts de ladite société ne peuvent être modifiés que par une assemblée générale des actionnaires satisfaisant, quant à son quorum, aux prescriptions de l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 ».

108. Solution alternative (*Arrêt de* 1941). — Un second arrêt de la Chambre civile du 7 juillet 1941 (J. C. P., 1941. 2. 1749) confirme l'arrêt précédent, tout en faisant une distinction.

La modification des statuts résultant de l'augmentation de capital ne peut être réalisée que par une assemblée générale extraordinaire.

Mais l'appréciation des apports en nature et la vérification de

(3) Cordonnier, D., 1938. 1. 80, avec les références.
Contra : Copper-Royer, *Traité*, 4e éd., t. 3, n° 522; Pic, *Des sociétés commerciales*, 2e éd., n° 1419.
(4) Houpin et Bosvieux, *Traité*, n° 892, avec les références en note.
(5) Civ., 12 juill. 1937, D., 1938. 1. 79, note Cordonnier.

la déclaration notariée sont valablement réalisées par une assemblée constitutive.

En sorte qu'à l'heure actuelle, d'après la jurisprudence, il faut réunir les assemblées suivantes :

PREMIÈRE ASSEMBLÉE.

Décision	*AVEC ou SANS modification corrélative des statuts*.....	Assemblée générale extraordinaire.

DEUXIÈME ASSEMBLÉE.

1° *Modification des statuts par la première assemblée* (sous condition suspensive de la réalisation de l'augmentation de capital).

a) Appréciation des apports en nature.....	Assemblée constitutive.
b) Vérification de la déclaration notariée (s'il n'y a pas d'apport en nature).....	

2° *Non-modification des statuts par la première assemblée.*

a) Appréciation des apports en nature.....	Assemblée constitutive.
b) Vérification de la déclaration notariée et modification des statuts (s'il n'y a pas d'apport en nature)	Assemblée générale extraordinaire.

TROISIÈME ASSEMBLÉE.

1° *Modification des statuts par la première assemblée.*	Assemblée constitutive.
2° *Non-modification des statuts par la première assemblée.*	Assemblée générale extraordinaire.

III. — *LES CRITIQUES DE LA DOCTRINE*

109. Adaptation du texte statutaire. — Nous estimons, avec une partie de la doctrine, que, dans tous les cas, les assemblées de vérification devraient être des assemblées constitutives ayant le pouvoir de modifier les statuts.

En effet, il s'agit simplement alors d'adapter le texte des statuts à un changement de fonds décidé par la première assemblée. L'opération essentielle est constituée par la première délibération. Les suivantes ne font que « constater dans les statuts un fait préexistant et déjà acquis » (Houpin et Bosvieux).

Par ailleurs, comme le fait remarquer M. Bastian (*op. cit.*), qu'advient-il si, au cas d'apport en nature, la deuxième assemblée approuve la sincérité de la déclaration notariée et si, ultérieurement, la troisième assemblée refuse de modifier les statuts ?

Certes, en appliquant les règles relatives aux assemblées constitutives, on se heurte à la difficulté suivante : l'article 4 de la

loi de 1867 (6) exige que les délibérations soient prises à la majorité du 1/4 des actionnaires et du 1/4 du capital social. Si les actions de la société sont au porteur, il sera impossible de connaître le nombre exact des actionnaires.

Il y a là une « inadvertance législative » (Lagarde) qui n'enlève nullement son exactitude au raisonnement doctrinal. Du reste, l'actionnaire qui voudrait faire annuler la décision votée par l'assemblée devrait apporter la preuve que la majorité ne comprenait pas le 1/4 des actionnaires. Cette preuve est pratiquement impossible à faire.

Il n'en reste pas moins nécessaire, étant donné l'état actuel de la jurisprudence, de réunir, tantôt une assemblée constitutive, tantôt une assemblée générale extraordinaire, suivant que les statuts ont été modifiés ou non par la première assemblée.

(6) Ce texte ne s'applique qu'aux sociétés en commandite par actions. Il est étendu par la jurisprudence aux sociétés anonymes, tout au moins en ce qui concerne l'assemblée réunie sur première convocation (quorum de 1/2). Il ne peut être appliqué à l'assemblée réunie sur deuxième convocation (quorum de 1/5).

SECTION II

FUSION PAR ANNEXION

110. Opposition de tendances. — Une des formes de l'apport en nature consiste dans la fusion entre deux sociétés dont l'une apporte son actif à l'autre moyennant remise d'actions d'apport. Ces actions d'apport sont immédiatement négociables lorsque la société qui les reçoit a plus de deux ans d'existence.

Dans le cas contraire, elles sont négociables seulement au bout de deux ans à compter de la date de la fusion (7).

L'opération de fusion est actuellement prise entre deux tendances opposées :

— d'une part, un régime fiscal de faveur;
— d'autre part, une orientation politique défavorable, concrétisée par les nationalisations.

111. Régime fiscal favorable. — Le législateur, par une série de lois (lois des 13 janvier 1941, 2 février 1941, 30 juin 1941 et 12 août 1942), accorde des faveurs fiscales aux opérations de fusion de sociétés, alors que, corrélativement, il n'en accorde pas aux constitutions ou prorogations de sociétés. Il manifeste ainsi son désir de faciliter l'extension des affaires déjà existantes, plutôt que la création d'affaires nouvelles.

Depuis la loi du 12 août 1942 (8), *les actionnaires* ne supportent plus l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, sauf dans les deux cas suivants :

1° Postérieurement au 1er juillet 1942, et dans les dix ans précédant la fusion, le capital de la société absorbée a fait l'objet d'une réduction non motivée par des pertes sociales.

Les plus-values résultant de l'attribution gratuite d'actions sont alors passibles de l'impôt (art. 151 *bis* al. 2 du C.V.M.).

2° Dans les dix ans suivant la fusion, il est procédé à une réduction de capital non motivée par des pertes sociales.

Les plus-values sont alors déchues, à concurrence de la portion de capital remboursée aux actions attribuées gratuitement, de

(7) Houpin et Bosvieux, *Traité*, n° 442.
(8) Cf. *Régime fiscal des fusions de sociétés*, A. N. S. A., déc. 1942.

l'exemption dont elles avaient bénéficié lors de l'augmentation de capital (art. 151 *bis*, al. 3 du C.V.M.).

Les actionnaires ne supportent pas non plus l'impôt général sur le revenu.

De son côté, *la société* ne paie plus d'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux portant sur les plus-values de fusion, sauf celles réalisées sur les marchandises.

Par contre, elle verse à l'enregistrement le droit d'apport (1 %) et la taxe additionnelle (15 %); en sorte que ce paiement compense en partie l'avantage accordé aux actionnaires par la non-imposition à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières. Mais cette charge vient en déduction des bénéfices passibles de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux. Elle est donc réduite.

112. Crainte des nationalisations. — Malgré le régime fiscal favorable, malgré les avantages économiques qu'elle procure, la fusion n'est plus guère en honneur aujourd'hui. Les sociétés trop importantes attirent sur elles l'attention de l'Etat et celui-ci risque alors de les nationaliser.

Les nationalisations ne concernent, pour le moment, que les principales entreprises de certaines activités économiques (crédit, mines, gaz, électricité, etc.). Mais le secteur nationalisable n'a jamais été nettement défini. Il peut d'ailleurs être étendu, et les grandes entreprises, du fait qu'elles sont importantes, peuvent craindre d'être nationalisées dans un avenir plus ou moins proche.

Or, la nationalisation est considérée actuellement comme nettement préjudiciable pour les actionnaires. Il suffit de se référer au mode de dédommagement prévu pour les actionnaires des banques nationalisées par la loi du 2 décembre 1945 (voir n° 227).

113. Mesures préventives. — Les sociétés qui se trouvent sous cette menace ont donc tendance, lorsqu'elles englobent des activités diverses, à effectuer l'opération inverse de la fusion, de façon à nettement délimiter la branche susceptible d'être nationalisée et minimiser ainsi leur perte.

La société « Mines d'Anzin » (9) est la première, à notre connaissance, à avoir mis cette idée en pratique. Son exemple a été suivi par la société des « Aciéries de Micheville » (10). Il le sera probablement par la « Société des Aciéries de Pont-à-Mousson » et

(9) Assemblée générale extraordinaire du 15 mars 1946.
(10) Assemblée générale extraordinaire du 14 août 1946.

celle des « Hauts Fourneaux, Forges et Aciéries de Denain et Anzin ». L'opération semble intéresser particulièrement les grandes entreprises métallurgiques.

La société des « Mines d'Anzin » désire créer une société nouvelle, « La Valenciennoise de gestion ». « La Valenciennoise de gestion » aura un capital de 1 million de francs, souscrit par les seuls actionnaires de la société « Mines d'Anzin ». Ce capital sera libéré grâce à une distribution de réserves prélevées sur le montant de la réserve « Primes d'émission ». La société « Mines d'Anzin » cédera ensuite une partie ou la totalité de son portefeuille de valeurs à la société « Valenciennoise de gestion ».

Si cette opération est acceptée par l'Etat (11), elle aura pour effet de conserver intact le portefeuille de la société « Mines d'Anzin », tout en diminuant son poste « Primes d'émission ».

Sinon, tous les éléments de l'actif seront transférés à l'Etat. Celui-ci rendra ultérieurement à la société les éléments se rattachant indirectement à l'objet social (immeubles, participations, portefeuilles de valeurs boursières, etc.), mais bien des difficultés seront évitées si ce double transfert n'a pas lieu (12).

Nous pensons donc que, loin de fusionner, les sociétés inclineront plutôt à éclater, à se scinder en plusieurs entreprises juridiquement sinon financièrement indépendantes (13).

Outre l'avantage d'être moins en vedette, de passer inaperçues, cette opération leur permet également, lorsque exceptionnellement les impôts sont progressifs (14), d'être taxées dans les tranches inférieures toujours plus favorables que les tranches élevées.

Du reste, le public recherche actuellement les titres d'affaires de moyenne importance. Ce sont aussi ces seules affaires moyennes qui peuvent se permettre de procéder à une émission d'actions nouvelles sans voir immédiatement baisser le cours de leurs titres.

Certes, la fusion est une opération économiquement et fiscalement favorable, mais les tendances politiques actuelles s'y opposent et ce sont elles qui l'emportent. La fusion tend à donner un

(11) La société « Mines d'Anzin » tombe en effet sous le coup des ordonnances du 13 décembre 1944 et du 12 octobre 1945 concernant la nationalisation des houillères.

Mais l'opération garde toute sa valeur pour des sociétés non encore nationalisées et pourrait être employée à titre préventif.

(12) Voir *La Vie française*, 22 juin et 19 juillet 1946, article signé A. L.

(13) Sur les modalités et les conséquences fiscales de la division des sociétés, voir *Impôts et Sociétés*, 1947, p. 647.

(14) En principe, les impôts payés par les sociétés ne sont pas progressifs, mais proportionnels. Le prélèvement temporaire sur les excédents de bénéfices (loi du 30 janvier 1941, abrogée par l'article 75 de l'ordonnance du 15 août 1945) constituait cependant une importante exception à ce principe.

monopole, et l'Etat est hostile au monopole..., du moins lorsque ce n'est pas lui qui le détient. Opération tapageuse, la fusion pourrait être remplacée (15) par les participations entre plusieurs sociétés. Le résultat peut être le même et le moyen est plus discret.

Que l'augmentation de capital ait lieu par émission d'actions, par apport en nature ou par fusion, elle répond toujours à un même but : le besoin de ressources nouvelles. La société veut reconstituer son fonds de roulement ou étendre son influence économique.

Mais il est un autre moyen d'augmenter le capital d'une société sans émission d'actions, sans apport en nature et sans fusion. On se trouve alors en présence d'une simple opération comptable : l'augmentation de capital sans adjonction de richesses nouvelles.

(15) On peut cependant citer un exemple récent de fusion intervenue entre « La Lorraine Minière et Métallurgique » et les « Aciéries de Longwy » (assemblée générale extraordinaire du 15 octobre 1945). Mais la Société « Lorraine » faisait déjà partie du groupe des « Aciéries de Longwy », et l'une et l'autre sociétés risquent fort d'être nationalisées.

DEUXIÈME PARTIE

Augmentation de capital sans adjonction de richesses nouvelles.

---

114. Capital social et fonds social. — Il semble qu'une augmentation de capital sans apport de bien nouveau en espèces ou en nature soit impossible. Il n'en est rien. Une telle conception procéderait en effet d'une fausse interprétation de la notion de capital social.

Le capital social est une « entité juridique et de compte qui demeure constant pendant toute la durée de la société, ou au moins aussi longtemps que l'acte constitutif n'est pas modifié » (1).

Le capital social figure au passif et représente « le chiffre d'actif que les sociétés s'engagent à ne pas prélever au détriment des créanciers » (Thaller). Autrement dit, la société ne pourra pas répartir de bénéfices aux actionnaires tant que son actif ne sera pas supérieur au capital social.

Du capital social, notion abstraite et représentation d'une valeur constante, il faut distinguer le *fonds social* (appelé aussi actif social ou patrimoine social), notion concrète qui représente une valeur essentiellement variable. Le fonds social est la valeur des différents éléments qui constituent l'actif de la société.

Lors de la formation de la société, le fonds social et le capital social coïncident. Mais, dès que la société fonctionne, ils diffèrent l'un de l'autre :

— Le capital social est une mesure qui reste invariable, du moins tant que l'acte constitutif n'est pas modifié;

(1) Vivante, cité par Thaller, *Ann. dr. comm.*, 1907, p. 194.

Le fonds social au contraire est variable en nature et en valeur : Il suit les vicissitudes de l'entreprise.

115. Augmentation de capital sans adjonction de richesses nouvelles. — Lorsqu'une société réalise des bénéfices, elle en met généralement une partie de côté pour constituer des réserves. Le fonds social, dans lequel entrent les réserves, est alors supérieur au capital social.

Les actionnaires peuvent faire coïncider à nouveau (ou tout au moins rapprocher) le fonds social et le capital social. Ils prélèvent des sommes du poste « Réserves » et les portent au poste « Capital social ». C'est ce que l'on appelle une *incorporation de réserves au capital social.*

La société peut avoir émis des obligations. Plutôt que de rembourser sa dette en espèces, elle crée des actions nouvelles qu'elle remet aux obligataires en échange de leurs créances. Il lui faut donc augmenter le capital social. Pour cela, elle prélève des sommes du poste « Obligations », qui n'a plus sa raison d'être, et les porte au poste « Capital social ». Cette opération s'appelle une *conversion d'obligations en actions.*

La conversion des réserves ou des obligations en actions a une caractéristique commune : l'opération augmente le chiffre du capital social, *sans qu'il y ait adjonction de richesses nouvelles.* Il n'y a pas en effet d'apport proprement dit, c'est-à-dire de transfert de valeur d'un patrimoine particulier dans le patrimoine de la société. Tout se passe à l'intérieur du patrimoine social, sans qu'il y ait accroissement de l'actif social. L'opération a lieu au moyen d'une simple modification comptable dans les postes du bilan.

116. Mécanisme de la conversion. — Le mécanisme de la conversion a soulevé une longue controverse.

1° Conversion en deux temps. — On a prétendu qu'il était nécessaire de procéder en deux temps à l'augmentation de capital (2) :

— *Premier temps :* Distribution aux actionnaires des réserves, ou bien distribution aux obligataires des sommes que la société leur devait.

— *Deuxième temps :* Souscription par les actionnaires ou les obligataires à l'augmentation de capital.

(2) Houpin, *Journ. soc.*, 1901, p. 49; *ibid.*, 1908, p. 385; Houpin et Bosvieux, *Traité*, n° 876.

Les actionnaires ou obligataires ne sont cependant jamais obligés de participer au deuxième temps de l'opération. Celle-ci présente par conséquent un caractère aléatoire.

Lorsque les actionnaires ou les obligataires veulent souscrire à l'augmentation de capital, ils sont créanciers (1er temps) et débiteurs (2e temps) de la société. Il n'y a pas alors versement effectif de fonds, mais compensation.

L'augmentation de capital se déroule conformément aux règles déjà étudiées de l'augmentation de capital avec appel d'argent frais.

2° Conversion directe. — M. Thaller (3) considère au contraire que l'opération peut être réalisée directement par un virement de compte, par un simple jeu d'écriture. Il est inutile de décomposer l'opération en deux temps distincts : une telle analyse est « un pur moyen de façade, un procédé scholastique ».

La conception de M. Thaller est aujourd'hui admise par la majorité de la doctrine (4).

117. Avantages de la conversion directe. — Le système de la conversion directe, moins compliqué que le système de la conversion indirecte réalisée en deux temps, présente un triple avantage lorsqu'il s'agit d'une conversion de réserves en actions :

1° Il permettait de ne pas tomber sous le coup de la loi du 28 février 1941 (abrogée par l'art. 68-1° de l'ordonnance du 15 août 1945), qui limitait les répartitions de bénéfices aux associés et aux porteurs de parts bénéficiaires. Ceux-ci ne pouvaient pas recevoir des sommes totales supérieures aux sommes totales distribuées à titre de bénéfices pour celui des trois derniers exercices clos avant le 1er janvier 1940, qui avait donné lieu aux répartitions les plus élevées (art. 1er-1°).

L'incorporation directe de réserves n'emportant pas distribution matérielle de bénéfices ne tombait pas sous l'application de cette loi (5).

2° Il évite l'application, toujours délicate, de la loi du 14 août

(3) Thaller, *De l'augmentation de capital par transformation en actions soit du passif, soit des réserves de la société* (*Ann. dr. comm.*, 1907, p. 177 et suiv.).

(4) Maria, *Des modifications du capital social au cours de la vie sociale dans les sociétés commerciales par actions*, thèse Aix, 1913, p. 208 et suiv.; Ripert, *Cours*, p. 527; Houpin et Bosvieux, 7e éd., n° 872, se sont ralliés à ce point de vue après avoir longtemps soutenu l'autre.

(5) Voir sur ce point, Cordonnier, *De l'emploi des réserves à l'augmentation du capital social* (*Journ. soc.*, 1943, p. 81 et suiv.).

1941 : pas de souscription d'actions, donc pas d'actionnaires empêchés de souscrire.

3° Il donne enfin à l'opération un caractère certain, que celle-ci n'avait pas dans la conception précédente : l'actionnaire ne reçoit plus de la société une somme qu'il peut éventuellement garder. Une fois l'augmentation de capital décidée, celle-ci s'effectue en dehors de l'actionnaire. L'actionnaire se trouve dans une situation moins favorisée, car il n'a plus l'option entre souscrire ou conserver la somme distribuée : il ne peut que recevoir l'action nouvelle.

Avec le premier système, l'actionnaire garde sa liberté.

Avec le second, il subit la loi de la majorité (6).

La conversion directe en actions des réserves ou des obligations est donc licite. C'est cette forme qui est aujourd'hui presque toujours employée. Mais rien n'empêche évidemment (sauf des raisons pratiques) l'utilisation du procédé de la conversion indirecte. Nous verrons qu'en matière fiscale l'administration en est restée à cette seconde conception, beaucoup plus avantageuse pour elle.

118. Règles différentes de libération. — La libération des actions s'effectue par compensation à l'intérieur de la société, mais elle obéit à des règles différentes, suivant que l'augmentation de capital a lieu avec ou sans appel d'argent frais.

Lorsqu'il y a *augmentation de capital avec appel d'argent frais*, l'opération ne peut être réalisée que si le capital ancien est intégralement libéré (art. 4 de la loi du 4 mars 1943). Les souscripteurs peuvent ne verser, lors de la souscription, que le quart du montant nominal de l'action, sous réserve de verser les trois autres quarts dans les cinq ans qui suivent la réalisation de l'augmentation de capital (art. 1er de la loi du 4 mars 1943).

Ce sont les règles inverses qui s'appliquent en cas d'*augmentation de capital sans appel d'argent frais* : peu importe que le capital ancien soit ou non intégralement libéré. L'article 4 de la loi de 1943 n'a trait qu'aux augmentations de capital en numéraire. Il ne concerne donc ni la conversion des réserves en actions, ni celle des obligations en actions, car il n'y a pas alors versement d'argent frais (7).

(6) L'actionnaire retrouve *indirectement* l'option : s'il préfère avoir de l'argent, il peut toujours vendre l'action nouvelle. Le caractère certain de l'opération intéresse surtout la société qui peut avoir ses raisons (notamment fiscales) pour la réaliser.

(7) Bosvieux, *Journ. soc.*, 1943, p. 12.

Par contre, les actions remises à la suite de l'augmentation de capital doivent être intégralement libérées. Si cette condition n'était pas remplie, les actionnaires seraient forcés de faire de nouveaux versements, et l'opération aboutirait à augmenter leurs engagements : Ce résultat serait contraire à l'article 31 al. 1er de la loi du 24 juillet 1867.

Cette différence en cas d'augmentation de capital avec ou sans appel d'argent frais s'explique ainsi :

— Dans la première hypothèse, l'augmentation de capital est réalisée à la suite d'une souscription d'actions et d'un versement effectif de fonds.

— Dans la seconde hypothèse, il y a uniquement une opération comptable, sans entrée d'argent nouveau et donc sans modification du patrimoine social.

Exception (*ordonnance du 15 août 1945*). — L'ordonnance du 15 août 1945 apporte une exception aux règles que nous venons d'établir.

Pour se libérer de l'impôt de solidarité, une société peut procéder à une incorporation de réserves et attribuer les actions créées à l'Etat. L'article 44 al. 2 de l'ordonnance stipule que l'attribution d'actions doit avoir lieu dans une proportion égale pour chaque catégorie de titres aux droits de l'Etat. Si la société a des actions partiellement libérées, l'Etat doit donc recevoir la part qui lui revient dans cette catégorie d'actions.

En cas de paiement en actions de l'impôt de solidarité, lorsque la société possède des actions anciennes partiellement libérées, l'incorporation des réserves aboutit alors à la création d'actions nouvelles partiellement libérées (voir n° 184).

L'inversion des règles suivies selon l'hypothèse peut être schématisée dans le tableau suivant :

Augmentation de capital

1° *AVEC appel d'argent frais :*
— Capital ancien : Libération intégrale immédiate.
— Capital nouveau : Libération intégrale dans les cinq ans.

2° *SANS appel d'argent frais :*
— Capital ancien : Libération intégrale non exigée.
— Capital nouveau : Libération intégrale immédiate.

Exception : Impôt de solidarité (incorporation de réserves).
— Capital ancien et — Capital nouveau } Libération intégrale non exigée.

119. Bénéficiaires de l'opération. — Quels sont les bénéficiaires de l'augmentation de capital ? Ce sont les ayants droit aux sommes enlevées au poste « Réserves » ou au poste « Obligations » et portées au poste « Capital social ».

Actionnaires. — Lorsque la somme est prélevée au poste « Réserves », la question est délicate. Les actions reviennent aux actionnaires, mais nous aurons à voir si les porteurs de parts bénéficiaires n'ont pas des droits sur les réserves et s'ils ne peuvent pas demander à recevoir des actions gratuites.

Porteurs de parts bénéficiaires. — Les actionnaires peuvent utiliser aussi les réserves au rachat des parts bénéficiaires. Les parts sont annulées et les porteurs de parts, à titre de dédommagement, reçoivent des actions gratuites émises à la suite d'un virement de sommes prélevées sur le compte « Réserves » et portées au compte « Capital social ».

Etat (*Impôt de solidarité*). — L'ordonnance du 15 août 1945 prévoit enfin que les sociétés soumises à l'impôt de solidarité nationale peuvent se libérer de l'impôt en remettant à l'Etat des actions gratuites. Ces actions peuvent être soit achetées en Bourse, soit créées pour les besoins de la cause. Dans ce dernier cas, il y a un virement de sommes du compte « Réserves » au compte « Capital social ».

Obligataires. — Lorsque la somme provient du poste « Obligations », les actions émises reviennent aux obligataires. Ceux-ci reçoivent des actions en échange de leurs obligations.

Nous allons étudier les différentes difficultés que soulèvent les opérations ci-dessus énoncées. Notre étude sera divisée en trois chapitres :

Chapitre I : *Incorporation des réserves au capital social avec attribution d'actions aux actionnaires.*

Chapitre II : *Incorporation des réserves au capital social avec attribution d'actions à des non-actionnaires.*

Chapitre III : *Conversion des obligations en actions.*

CHAPITRE PREMIER

INCORPORATION DES RESERVES AU CAPITAL SOCIAL AVEC ATTRIBUTION D'ACTIONS AUX ACTIONNAIRES

120. Ses modalités. — La conversion des réserves en actions (1) au profit des actionnaires est reconnue comme une opération licite qui se réalise :

— soit par remise d'actions gratuites;
— soit par élévation du montant nominal des actions anciennes.

Ce dernier procédé peut être employé même si l'action ancienne est au porteur et en la possession de l'actionnaire. Il n'y a pas contradiction avec la loi du 28 février 1941 sur la forme des actions. L'article 5 de cette loi oblige les sociétés à n'émettre pour l'avenir que des actions nominatives (ou des actions au porteur obligatoirement déposées en C. C. D. V. T.). Il n'y a pas ici émission d'actions nouvelles, mais majoration du montant nominal d'actions anciennes existant déjà.

121. Ses difficultés. — L'incorporation des réserves au capital social avec attribution d'actions aux actionnaires pose plusieurs problèmes.

1° Peut-on incorporer n'importe quelles réserves au capital social ? C'est l'aspect objectif du problème.

2° Nous devrons voir ensuite si les actionnaires participent seuls à l'augmentation de capital et si les non-actionnaires qui ont des droits sur les réserves (notamment les porteurs de parts bénéficiaires) ne peuvent pas réclamer que leur soit remise une partie des actions distribuées.

Précisons tout de suite qu'il ne s'agit alors que d'une participation *parallèle* des non-actionnaires. Leur participation *exclu-*

(1) Voir un bon résumé de la conversion des réserves en actions : JAUBERT, *De l'utilisation des réserves dans les sociétés par actions* (*Rev. soc.*, 1945, p. 1 et suiv.). Consulter aussi JOFFROY, *Des réserves et de leur incorporation dans les sociétés anonymes*, thèse Toulouse, 1944; *Les augmentations de capital par incorporation de réserves* (loi du 12 août 1942), A. N. S. A., n° 50, janvier 1943.

sive à une augmentation de capital par incorporation des réserves sera étudiée ultérieurement (chap. II, sect. I, n^{os} 158 et suiv.). Cette question constitue l'aspect subjectif du problème.

3° La conversion des réserves en actions, aussi intéressante soit-elle pour les actionnaires (voir n° 4), n'est pratiquement réalisable qu'autant que les lois fiscales ne la grèvent pas de charges trop lourdes. Nous sommes donc amenés à étudier enfin le régime fiscal de l'incorporation des réserves au capital social.

Nous étudierons :

Section I : Réserves susceptibles d'incorporation au capital social.

Section II : Personnes susceptibles de bénéficier de l'opération.

Section III : Régime fiscal des incorporations de réserves au capital social.

SECTION PREMIERE

RESERVES SUSCEPTIBLES D'INCORPORATION AU CAPITAL SOCIAL (2)

122. Notion juridique. — Les réserves sont « des sommes déterminées de valeurs patrimoniales constituant un actif net pour la société, qui, sans être nécessaires pour assurer l'intégrité du capital social, n'en doivent pas moins être soustraites chaque année au principe de la répartition annuelle des bénéfices » (3).

Pour bien situer cette notion juridique des réserves, il y a lieu de la distinguer de notions voisines : celles d'amortissement d'actif d'une part, et de provision d'autre part (4).

123. Réserves et amortissement. — Les amortissements sont des « corrections apportées, lors d'un inventaire, à la valeur pour lesquelles des éléments d'actif avaient été estimés à un inventaire précédent, afin d'enregistrer la dépréciation que ces éléments ont subie, ou leur non-valeur » (5).

L'amortissement répond donc aux caractéristiques suivantes :

a) Il s'applique à une dépréciation déjà réalisée et vise le passé;

b) Il compense une simple majoration de l'actif;

c) Il est obligatoire, en vertu du principe de la sincérité du bilan, puisqu'il ramène un bien à sa juste valeur et doit s'opérer même en l'absence de bénéfices.

Quant aux réserves, elles sont caractérisées de la façon suivante :

a) Elles s'appliquent à une dépréciation éventuelle et future et visent l'avenir;

b) Elles contrebalancent une augmentation réelle d'actif;

c) Elles sont facultatives et impliquent un bénéfice.

(2) Sur ce point, voir : AMIAUD, *Des comptes de réserves dans les sociétés par actions*, thèse Paris, 1912; CORDONNIER, *De l'emploi des réserves à l'augmentation du capital social* (*Journ. soc.*, 1943, p. 81 et suiv.); MICHEL, *L'incorporation des réserves au capital et la loi du 12 août 1942* (*Gaz. Pal.*, 24 déc. 1942 et suiv.); A. N. S. A., *op. cit.*, p. 10 à 18.

(3) AMIAUD, *op. cit.*, p. 24.

(4) Voir, sur ce point, BASTIAN, note sous l'arrêt de la Chambre sociale du 15 juillet 1943, J. C. P., 1944. 2. 2514.

(5) CORDONNIER, *Des pouvoirs de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires en matière de constitution de réserves* (*Journ. soc.*, 1928, p. 70).

124. Réserves et provision. — Les réserves se distinguent donc des amortissements. Elles ne doivent pas être confondues non plus avec les provisions.

Les provisions sont des « produits de l'exploitation que retient la société en vue de faire face à des charges ou dépréciations, soit actuelles, soit prochaines, ayant un caractère de probabilité ou de quasi-certitude, mais dont le montant exact n'est pas encore déterminé » (6).

Les réserves et les provisions ont un caractère commun : les unes et les autres ont pour but de faire face à des charges ou des dépréciations. Mais elles se distinguent de la façon suivante :

— La provision :

a) fait face à une dépréciation probable, mais précise et susceptible d'être localisée;

b) sont immédiatement distribuables (sauf cependant la réserve légale).

— Les réserves, au contraire :

a) font face à une dépréciation dont le caractère probable est moins accentué : elles visent l'avenir général de l'entreprise;

b) sont immédiatement distribuables (sauf cependant la réserve légale).

En définitive, la provision a un caractère d'attente. C'est un stade provisoire par lequel passent certaines sommes avant de se transformer, suivant les circonstances, soit en amortissement, soit en réserves :

— Si le risque se réalise, la provision aura été un amortissement anticipé.

— Si le risque disparaît, la provision aura été une réserve anticipée.

125. — Incorporation des réserves. — L'augmentation de capital sans appel d'argent frais ne peut être réalisée qu'au moyen des réserves proprement dites, c'est-à-dire des bénéfices disponibles et non distribués. On ne saurait incorporer au capital social :

— ni les amortissements, puisqu'ils sont destinés à reconstituer un actif perdu et non à créer un actif nouveau;

(6) Cordonnier, *op. cit.*, *Journ. soc.*, 1928 p. 72. — Sur la distinction entre réserves et provisions, consulter aussi Bastian, note sous Ch. soc., 15 juill. 1943, J.C.P., 1944.2.2314.

— ni les provisions, puisqu'elles sont destinées à la reconstitution éventuelle d'éléments d'actif à remplacer et sont bloquées à un compte spécial (7).

Mais alors, une nouvelle question se pose : n'importe quelle réserve peut-elle être convertie en actions?

C'est ce que nous allons voir, en distinguant suivant que l'on emploie des réserves apparentes ou des réserves occultes.

§ 1er. — *Réserves apparentes.*

126. Incorporation licite. — L'incorporation des réserves apparentes, que ce soient la réserve légale ou les réserves conventionnelles (réserves obligatoires ou facultatives, report à nouveau, primes d'émission d'actions), est considérée par la doctrine comme une opération licite (8).

Il faut toutefois préciser, en ce qui concerne la réserve légale, qu'elle ne peut faire l'objet d'une conversion en actions que sous la forme de conversion directe (9). Il y a alors virement d'un compte à un autre compte. La conversion indirecte, au contraire, entraînerait une distribution de la réserve légale, opération considérée comme illicite parce que contraire au but de cette réserve (gage pour les créanciers sociaux).

Les difficultés ne surgissent que dans les deux hypothèses suivantes : les sommes à incorporer proviennent

— soit de bénéfices non distribuables, en vertu de la loi du 28 février 1941;

— soit de fonds de renouvellement de l'outillage, du matériel et du stock de départ.

Dans ces deux cas, les sommes apparaissent au bilan, mais le problème est de savoir si ce sont, ou non, des réserves.

127. Bénéfices non distribuables (*Loi du 28 février 1941*). — La loi du 28 février 1941 (abrogée par l'article 68-1° de l'ordonnance du 15 août 1945) limitait les répartitions de bénéfices. Le surplus

(7) La provision ne peut être incorporée au capital social que le jour où le risque a disparu et où elle devient alors une réserve.

(8) Houpin et Bosvieux, 7e éd., p. 872; Cordonnier, *op. cit.*, *Journ. soc.*, 1943, p. 95, avec les références; Michel, *op. cit.*, *Gaz. Pal.*, 24 déc. 1942 et suiv.; A.N.S.A., *op. cit.*, p. 11 et suiv.

Contra : Houpin et Bosvieux, 6e éd., n° 876, note 3.

(9) Amiaud, thèse, p. 416 et 417; Thaller, *Ann. dr. comm.*, 1907, p. 177; Houpin et Bosvieux, 7e éd., n° 872; Cordonnier, *op. cit.*, p. 95; Michel, *op. cit.*; A. N. S. A., *op. cit.*, p. 11-13.

des bénéfices, qui ne pouvait être distribué, restait donc dans la caisse sociale. Pouvait-il être incorporé au capital social?

La doctrine (10) s'accorde pour faire la distinction suivante :

1° Si les bénéfices non distribuables sont *bloqués à un compte particulier*, ils ne peuvent pas être incorporés au capital. Les ayants droit à ces bénéfices ont en effet sur eux un droit de créance à terme incertain. Ces bénéfices ne constituent donc pas des réserves et ne peuvent pas servir à l'opération envisagée.

2° Si, au contraire, les bénéfices distribuables sont *mélangés aux autres réserves* sans que rien ne les distingue d'elles, on se trouve alors en présence d'une véritable réserve. Dans ce cas, les bénéfices non distribuables peuvent être incorporés au capital social.

128. Fonds de renouvellement. — Le deuxième alinéa de l'article 7 § 3 5° du Code général des impôts directs prévoit la constitution, en sus des amortissements normaux, de « provisions » pour renouvellement de l'outillage, du matériel et du stock de départ. Les sommes versées au compte correspondant du bilan peuvent-elles être incorporées au capital social ? (11).

La loi parlant de « provision », il semble que l'opération ne soit pas possible. Mais le caractère de « provision » des sommes mises de côté n'est pas admis par l'unanimité de la doctrine. Une partie de celle-ci conteste cette nature juridique et se demande si l'on n'est pas plutôt en présence d'une réserve (12).

1° *Les fonds de renouvellement sont des réserves* (13). L'Administration, qui soutient cette thèse, fait en effet remarquer qu'aux termes des décrets-lois des 13 février 1939 et 31 janvier 1941, qui fixent les conditions de constitution de ces provisions :

a) Les prélèvements sont effectués sur « des bénéfices nets »;

b) Et les prélèvements sont « facultatifs ».

(10) Cordonnier, *op. cit.*, p. 99; Michel, *op. cit.*

(11) Voir, sur ce point, Pierre Bosvieux, *Du droit des différents participants aux bénéfices sur les « provisions » constituées pour renouvellement de l'outillage, du matériel et du stock de départ* (*Journ. soc.*, 1942, p. 277 et suiv.); Lecerclé, *Les provisions pour le renouvellement des stocks, de l'outillage et du matériel*, *A.N.S.A.*, nov. 1943.

Sur le régime fiscal de ces provisions, consulter également Joly, *op. cit.*, *Bénéfices. Impôts directs*, nos 30 et suiv.

(12) Voir, sur cette discussion, Bosvieux, *op. cit.*, *Journ. soc.*, 1942, p. 277 et suiv.

(13) En ce sens, Michel, *op. cit.*, *Gaz. Pal.*, 24 déc. 1942 et suiv.

2° *Les fonds de renouvellement sont de véritables provisions.* La majorité de la doctrine (14) combat la thèse de l'Administration. Elle s'appuie sur les arguments suivants :

a) Les textes des décrets-lois de 1939 et de 1941 parlent de « provisions » et non de « réserves ».

b) Le fonds de renouvellement « ne traduit pas au passif du bilan un excédent d'actif incorporé au fonds social, mais une rétention d'actif, afin de faire face à des dépenses d'exploitation dont l'échéance prévue est seule différée par les faits » (Bosvieux).

La jurisprudence adopte ce dernier point de vue (15). La question s'est posée pour la première fois en dehors du domaine fiscal devant la Chambre sociale de la Cour de cassation, le 15 juillet 1943. Il s'agissait d'une question de salaires. Un employé avait droit à « 5 % de ce qui resterait disponible sur les *bénéfices nets* de la société, déduction faite des frais généraux, des charges sociales, des amortissements industriels ». La Chambre sociale a décidé que la provision pour renouvellement devait être déduite des bénéfices bruts pour l'établissement du bénéfice net. Elle n'est donc pas comprise dans le bénéfice net, ni par conséquent dans les réserves qui sont toujours prélevées sur le bénéfice net.

La doctrine et la jurisprudence considèrent le fonds de renouvellement comme une véritable provision. On en déduit que les sommes portées au compte « Fonds de renouvellement » ne peuvent être utilisées pour une incorporation au capital social (16).

Ordonnance du 15 août 1945 (*Suppression des fonds*). — L'article 76 de l'ordonnance du 15 août 1945 a mis un terme à cette controverse. Il supprime en effet les provisions pour renouvellement. Cette suppression est liée d'une part à celle du prélèvement temporaire sur les excédents de bénéfice (17) (art. 75 de l'ordonnance), et, d'autre part, à la possibilité pour les entreprises de réévaluer leur bilan (art. 69) (18). Dès lors, les amortissements étant calculés sur les éléments d'actif représentant une valeur actuelle, les provisions n'ont plus de raison d'être.

(14) Cordonnier, *op. cit.*, p. 99 à 101; Lecerclé, *op. cit.*, n° 54.

(15) Ch. soc., 15 juill. 1943, D. crit., 1943.1.100, ou J. C. P., 1944.2.2514, note Bastian; C. E., 31 juill. 1942, S., 1944.3.13.

(16) La question de l'*incorporation* du fonds de renouvellement au capital social ne s'est pas, à notre connaissance, encore posée devant les tribunaux.

(17) Les provisions avaient pour but de soustraire au prélèvement une partie des bénéfices.

(18) Il est à remarquer que la suppression des provisions est *obligatoire*, alors que la réévaluation du bilan n'est que *facultative*. Logiquement, cette suppression ne devrait avoir lieu que lorsque la société procède à la réévaluation de son bilan. Sur ce point, voir A.N.S.A., *Les simplifications fiscales de l'ordonnance du 15 août 1945* (septembre 1945), p. 13.

On peut élever quelques doutes sur l'opportunité d'une telle suppression qui suppose la stabilité des prix, sans laquelle l'opération perd tout intérêt.

Laissant donc de côté les provisions pour renouvellement, il nous faut voir l'autre face de la question : celle de la réévaluation des bilans, qui consiste à faire apparaître une réserve jusqu'alors occulte.

§ 2. — *Réserves occultes.*

129. Amortissements exagérés. — Les réserves occultes sont créées de deux façons :

— soit par des amortissements exagérés;
— soit par la plus-value prise par des éléments actifs.

Les amortissements figurent au passif du bilan. Ils correspondent à une dépréciation des éléments actifs. Si les amortissements dépassent le montant de la dépréciation subie par les éléments actifs, le bilan présente une situation plus favorable qu'elle n'est en réalité. L'excédent d'amortissement constitue une réserve occulte.

La doctrine (19) s'accorde en général pour considérer comme licite la transformation de cette réserve occulte en réserve apparente. Elle invoque le principe de la vérité du bilan, principe d'ordre public. Ce principe doit l'emporter sur la règle de la continuité du bilan (art. 541, C. proc. civ.).

Une fois les réserves occultes transformées en réserves apparentes, rien ne s'oppose à leur incorporation au capital social.

130. Plus-value d'actif. — La situation au bilan est plus défavorable que la situation réelle lorsqu'un élément de l'actif du bilan est porté pour une valeur inférieure à sa valeur réelle. La différence entre la valeur réelle et la valeur de bilan constitue une réserve occulte que l'on appelle une plus-value d'actif.

Dans le cas d'amortissement exagéré, on majore un poste passif. Dans le cas de plus-value d'actif, on minimise un poste actif. Le résultat obtenu est identique dans les deux cas : l'actif réel de la société est supérieur à son actif apparent.

(19) Amiaud, *op. cit.*, p. 341; Cordonnier, *op. cit.*, *Journ. soc.*, 1943, p. 102; A.N.S.A., *op. cit.*, p. 14-15.
Contra : Houpin, *Journ. soc.*, 1923, p. 489 et suiv.; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, 6e éd., nº 1383, note 1.

La réserve occulte constituée par la plus-value d'actif peut être transformée en réserve apparente. On opère alors une réévaluation du bilan (20).

Mais peut-on incorporer cette plus-value au capital social? Cette question a donné lieu à une controverse que l'ordonnance du 15 août 1945 a omis de trancher.

1° Incorporation illicite. — M. Houpin (21) considère comme illicite l'incorporation des plus-values au capital social. Il invoque à l'appui de sa thèse deux arguments :

a) L'augmentation de capital ne peut pas avoir lieu sans apports;

b) Une incorporation de réserves ne peut être faite qu'avec des valeurs provenant des bénéfices réalisés, définitivement acquis et susceptibles d'être distribués aux actionnaires.

Or, les plus-values inhérentes à des biens se trouvant déjà dans le fonds social ne sauraient faire l'objet d'un apport.

Quant à la réserve que constituent les plus-values, elle n'est pas définitivement acquise, ni susceptible d'être distribuée aux actionnaires, tant que les éléments d'actif auxquels elle correspond n'ont pas été réalisés.

Un jugement du Tribunal correctionnel de Lille en date du 4 janvier 1937 adopte cette manière de voir (22).

2° Incorporation licite. — M. Percerou (23) considère, au contraire, l'opération comme licite, car :

a) L'augmentation de capital peut avoir lieu sans apports, au moyen d'un simple virement de comptes;

b) L'incorporation de la plus-value n'exige pas que le bénéfice soit réalisé, si, du moins, l'opération a lieu directement; il n'y

(20) Sur les règles à suivre en cas de réévaluation de bilan, consulter l'article 35 de la loi du 24 juillet 1867 et les articles 69 et suiv. de l'ordonnance du 15 août 1945.

(21) Houpin, *Journ. soc.*, 1923, p. 487. Extrait de l'article : *De la constatation des plus-values de l'actif dans les bilans des sociétés par actions et de leur incorporation au capital* (*Journ. soc.*, 1923, p. 481); Houpin et Bosvieux, *Traité*, n° 879.

Dans le même sens : Wahl, *Journ. soc.*, 1920, p. 107; Constantin et Gautrat, *Incorporation au capital des plus-values provenant d'une réévaluation des immobilisations*, p. 75.

(22) Trib. corr. Lille, 4 janv. 1937, *Journ. soc.*, 1938, p. 242, note Lecompte. C'est la seule fois, à notre connaissance, où la question a été soumise à la jurisprudence.

(23) Percerou, *La transformation des plus-values de l'actif en augmentation du capital social*, *Journ. soc.*, 1921, p. 143.

Dans le même sens : Janton, *Etude financière et juridique sur l'augmentation de capital dans les sociétés anonymes*, thèse Paris, 1931, p. 116; Joly, *Dictionnaire*, *op. cit.*, « Augmentation de capital », n° 15; Michel, *op. cit.*, *Gaz. Pal.*, 12 janvier 1943; Esmein, *Les augmentations de capital par réévaluation d'actif* (*Gaz. des prudh. et des trib. de comm.*, février 1943); Joffroy, thèse, p. 115 et suiv.; A. N. S. A., *op. cit.*, p. 14 et 15.

a pas distribution de bénéfices suivie d'une souscription; il y a mise en rapport du montant du capital social avec la valeur réelle du fonds social.

Le jugement précité du Tribunal de Lille, décision unique rendue par un Tribunal correctionnel, à propos d'une société à responsabilité limitée, n'est pas à l'abri de toute critique :

a) Cette décision n'envisage que l'incorporation *indirecte* de la plus-value au capital social.

b) Cette décision s'explique par la conjoncture : Il y avait en effet *surévaluation* et non réévaluation d'actif.

131. Ordonnance du 15 août 1945. — L'article 71 al. 3 de l'ordonnance du 15 août 1945 envisage le cas de l'incorporation au capital social de la réserve spéciale provenant de la plus-value de réévaluation.

L'alinéa 2 de l'article 71 parle de la « distribution » aux associés ou aux actionnaires de la plus-value de réévaluation.

Mais ni l'alinéa 2, ni l'alinéa 3, de l'article 71 n'indiquent si la plus-value doit être réalisée avant d'être distribuée ou incorporée. La controverse entre M. Houpin et M. Percerou reste donc encore ouverte. Il est regrettable que le législateur n'ait pas profité de l'occasion pour trancher cette question (24).

Pour éviter la surévaluation, l'article 70 de l'ordonnance fixe les maxima que les éléments réévalués ne doivent pas dépasser. Pour les immobilisation, il faut se référer à des indices; pour les actions cotées, il faut se référer au cours moyen du second semestre de 1945, etc.

132. Prudence nécessaire. — Juridiquement réalisable et actuellement en faveur (25), l'incorporation au capital social d'une plus-value d'actif ne doit être opérée qu'avec beaucoup de prudence.

En effet, la sous-évaluation ne cause pas un préjudice aux créanciers sociaux et ne gêne les actionnaires que parce qu'elle ajourne la distribution des bénéfices.

La surévaluation, au contraire, peut être annulée pour fictivité du capital nouveau. Aussi, il est recommandé de ne procéder

(24) Voir, sur ce point, *La révision des bilans et l'affectation des plus-values de réévaluation*, par M. S., *Une semaine dans le monde*, 6 juillet 1946, p. 15.

(25) Voir la liste hebdomadaire des nombreuses sociétés qui procèdent à l'incorporation des plus-values de réévaluation dans *La Semaine économique et financière* (depuis le numéro paru le 31 mai 1946).

à l'augmentation de capital que lorsque les plus-values sont importantes et durables.

A l'heure actuelle, les plus-values d'actif sont très importantes. Mais ne sont-elles pas précisément trop importantees pour être durables? Les prix ne sont-ils pas exagérément « gonflés »? On peut le penser. Aussi les sociétés qui veulent incorporer au capital social les plus-values de réévaluation agiront-elles sagement en donnant au capital nouveau une contrepartie solide et en faisant précéder l'opération d'une expertise.

133. Avantages de l'incorporation. — Pourtant, l'incorporation de la plus-value de réévaluation est actuellement l'opération sinon la plus avantageuse, en tout cas la moins préjudiciable de celles que peut réaliser la société :

1° Si, en effet, la plus-value n'est pas incorporée au capital social ni distribuée, elle fait apparaître au bilan une réserve qui se chiffre souvent par dizaines et même centaines de millions. Il est bien tentant pour un Etat à court d'argent de frapper cette réserve d'une taxe supplémentaire.

2° Si la plus-value est distribuée (26) aux actionnaires, elle est soumise à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (30 %).

3° Si enfin la plus-value est incorporée au capital social, l'article 71 al. 3 de l'ordonnance prévoit qu'il ne sera perçu que le droit d'apport (1 %) et la taxe additionnelle (15 %) prévue par l'article 448 du Code de l'Enregistrement. L'opération, tout en étant onéreuse pour la société, bénéficie cependant des avantages fiscaux que la loi du 12 août 1942 accorde aux augmentations de capital par conversion des réserves en actions. (Nous verrons ultérieurement ce qu'il faut penser de ces « avantages fiscaux ». — Voir section III, n° 156.)

L'incorporation des réserves au capital social est juridiquement réalisable dans les limites que nous venons de tracer. Le tableau suivant résume cette question :

A. — Principe.

— Incorporation des réserves proprement dites :

— A l'exclusion { — des provisions; — des amortissements.

(26) L'article 71 prévoit la possibilité d'une *distribution*. Ceci est en contradiction avec la thèse de M. Houpin, pour qui la plus-value de réévaluation ne saurait constituer une réserve distribuable.

B. — Applications.

1° *Réserves apparentees :* Incorporables.

a) Bénéfices non distribuables (loi du 28 février 1941).

— Nécessité de blocage à un compte particulier.

b) Fonds de renouvellement.

— Véritables provisions.

— Non incorporables.

2° *Réserves occultes :* Incorporables.

— Après comptabilisation au poste « Réserves ».

— Sous certaines précautions (expertise).

SECTION II

AYANTS DROIT A LA DISTRIBUTION D'ACTIONS GRATUITES

134. Procédé indirect ou direct. — Lorsque l'incorporation des réserves au capital social se fait en deux temps (distribution de réserves suivie d'une souscription facultative), tous les ayants droit aux réserves (actionnaires, éventuellement porteurs de parts bénéficiaires et administrateurs) participent à leur distribution.

L'opération se ramène ensuite, dans sa seconde phase, à une augmentation de capital par appel d'argent frais : les seuls actionnaires ont un droit préférentiel de souscription.

Lorsque l'incorporation des réserves au capital social a lieu directement, par un simple virement de compte, quels sont les ayants droit à la distribution d'actions gratuites? Ce sont en premier chef les actionnaires.

Mais les porteurs de parts de fondateur et les administrateurs qui ont des droits sur les réserves ne peuvent-ils pas demander à participer à l'augmentation de capital *parallèlement* aux actionnaires?

§ 1er. — *Actionnaires.*

135. Actions de priorité. — Tous les actionnaires ont, en principe, le droit de recevoir des actions gratuites. Ce droit a cependant besoin d'être précisé dans quelques cas particuliers.

Lorsqu'il existe des actions de priorité, faut-il remettre à leurs propriétaires des actions ordinaires ou des actions ayant les mêmes avantages? La question est particulièrement intéressante lorsque la priorité porte sur la distribution dans les bénéfices et consiste en un superdividende.

Si l'action remise est identique à l'action de priorité, le propriétaire touchera deux fois le superdividende. Sa situation, déjà favorable, sera encore améliorée.

Lorsque le problème n'est pas prévu par les statuts, il doit être résolu au moment de l'augmentation de capital. Pratiquement, le plus simple est de créer des actions d'une catégorie quelconque (soit des actions ordinaires, soit des actions de priorité) et de les répartir entre les différentes catégories d'actionnaires, selon ce qui sera décidé amiablement entre eux par une transaction équitable :

— Si l'on crée des actions ordinaires, il faut tenir compte aux propriétaires d'actions de priorité du préjudice que leur cause la remise de telles actions.

— Inversement, si l'on crée des actions de priorité, il faut tenir compte aux propriétaires d'actions ordinaires de l'avantage que leur confère la remise de ces actions.

Cette solution, unanimement préconisée par la doctrine (27), est suivie dans la pratique.

136. Actionnaire empêché. — Les droits de l'actionnaire empêché de souscrire à une émission d'actions sont conservés conformément aux dispositions de la loi du 14 août 1941 (voir n° 17 et suiv.).

Supposons une société qui procède à une augmentation de capital par émission d'actions nouvelles. Ultérieurement, elle réalise une augmentation de capital par conversion de réserves en actions. L'actionnaire empêché de souscrire à la première augmentation de capital aura le droit de réclamer :

a) Les actions qui lui reviennent dans la première augmentation de capital;

b) Les actions gratuites qui lui reviennent dans la deuxième augmentation de capital, en tenant compte de ses droits dans la première augmentation de capital à laquelle il a été empêché de prendre part.

Par exemple, l'actionnaire empêché est propriétaire de 40 actions.

— A l'augmentation de capital par appel d'argent frais, il a droit de souscrire à 20 actions nouvelles.

— A l'augmentation de capital par conversion des réserves en actions, il est remis aux actionnaires une action gratuite pour deux anciennes.

L'actionnaire est propriétaire de 60 actions (40 + 20). Il a droit à 30 actions gratuites.

Naturellement s'il ne souscrivait qu'à 10 actions, l'actionnaire empêché ne serait plus propriétaire que de 50 actions (40 + 10). Il ne pourrait alors réclamer que 25 actions gratuites.

Quant aux 5 actions gratuites de surplus, elles suivent le sort des 10 actions laissées pour compte par l'actionnaire empêché.

(27) Michel, *Gaz. Pal.*, 22 janv. 1943; Cordonnier, *op. cit.*, *Journ. soc.*, 1943, p. 111; A.N.S.A., *Les augmentations de capital par incorporation des réserves* (*op. cit.*, p. 24).

Notamment, si un souscripteur provisoire est intervenu et a le droit de conserver les actions qu'il a souscrites et qui ne sont pas réclamées par l'actionnaire empêché, il profite de ces 5 actions gratuites.

Ces actions gratuites restent en général entre les mains de la société jusqu'au dénouement de la souscription provisoire.

Mais le souscripteur provisoire peut exercer les droits attachés à ces actions et en particulier le droit de vote.

137. Société à participation interdite. — Nous avons étudié précédemment (n[os] 45 et suiv.) le cas de deux sociétés ayant une participation réciproque irrégulière et dont l'une procède à une émission d'actions nouvelles pendant le délai de régularisation. Nous avons vu que l'autre société pouvait souscrire à titre irréductible.

La solution que nous avons adoptée pour la souscription à une émission d'actions nouvelles doit être étendue aux actions distribuées gratuitement par suite d'une conversion de réserves (28). Une société peut recevoir des actions gratuites pendant le délai de trois ans (ou cinq mois) qui lui est accordé pour faire cesser la situation irrégulière dans laquelle elle se trouve.

Le critère légal de la participation réciproque interdite est le pourcentage de cette participation. Dans notre hypothèse, comme dans celle de la souscription à une émission d'actions nouvelles, la situation irrégulière n'est pas aggravée. Elle est simplement maintenue.

Si la société ne recevait pas d'actions, elle subirait un préjudice, car la quote-part de réserves à laquelle a droit chaque action diminue du fait de l'accroissement du nombre des actions.

138. Etat actionnaire (*Ordonnance du 15 août 1945*). — L'Etat (et éventuellement une société participante) reçoit des actions d'une société qui se libère en titres du paiement de son impôt de solidarité. Ces titres ne sont remis que le 1[er] mars 1946 sur la base de la valeur qu'ils avaient au 4 juin 1945. Que se passe-t-il si une augmentation de capital par conversion de réserves a eu lieu entre le 4 juin 1945 et le 1[er] mars 1946? La valeur des actions remises à l'Etat se trouve ainsi diminuée, puisque la quote-part d'actif que chacune de ces actions représente est moindre. Il faut donc tenir compte à l'Etat de cette moins-value, sous peine de le léser.

(28) Dans le même sens, Mazeaud, *Journ. soc.*, 1944, p. 88 et 89.

L'article 46 § 3 ancien de l'ordonnance envisageait déjà le cas qui nous intéresse.

L'article 46 § 3 nouveau (loi de finances du 31 décembre 1945, art. 76) décide que l'Etat (éventuellement les sociétés participantes) a droit à « l'intégralité des produits de toute nature distribués ou répartis directement ou indirectement ». L'Etat peut donc réclamer les actions gratuites distribuées entre le 4 juin 1945 et le 1er mars 1946.

139. Personne morale assimilée à un non-résident. — L'article 4 du décret du 15 janvier 1945 interdit aux non-résidents (personnes physiques résidant habituellement hors de la métropole et des colonies et les personnes morales, pour leur établissement hors de ces régions) de prendre part, sans autorisation du ministre des Finances ou de l'Office des changes, à une distribution d'actions gratuites.

L'article 6 étend cette interdiction aux personnes morales françaises dans la gestion desquelles interviennent des non-résidents.

Toutefois, une dérogation aux dispositions de l'article 6 a été accordée, à titre provisoire et pour leurs opérations de gestion courante, aux personnes morales françaises dans la gestion desquelles interviennent les non-résidents.

L'attribution d'actions gratuites ayant lieu d'office n'est pas une opération de gestion au sens strict du mot. Mais il ne nous semble pas qu'il y ait besoin, dans ce cas, d'autorisation. Les souscriptions ou ventes de droits préférentiels étant des opérations de gestion en sont dispensées. Il serait paradoxal qu'une attribution d'actions gratuites ne le soit pas également.

§ 2. — *Porteurs de parts bénéficiaires ou de parts de fondateur* (29).

140. Droit aux bénéfices. — Une société désire attribuer à ses actionnaires des actions nouvelles créées par conversion de réserves. Les porteurs de parts bénéficiaires peuvent-ils, *à côté des actionnaires*, demander à recevoir des actions gratuites ? C'est la question de la participation *parallèle* des porteurs de parts bénéficiaires à une augmentation de capital.

(29) Nous n'étudierons que le cas des porteurs de parts bénéficiaires ou de parts de fondateur. Les solutions que nous donnerons s'appliquent *mutatis mutandis* aux administrateurs dans la mesure où ils ont des droits sur les réserves.

Les statuts règlent en général les droits des porteurs de parts bénéficiaires dans les distributions d'actions gratuites.

En cas de silence des statuts, quels sont leurs droits? Pour répondre à cette question, il nous faut examiner l'incidence de l'accroissement du nombre des actions sur les droits des porteurs de parts bénéficiaires, en particulier sur leur droit aux bénéfices.

Les porteurs de parts bénéficiaires ont droit à une fraction des bénéfices de la société.

— Si les statuts stipulent que les porteurs de parts bénéficiaires ont droit à une fraction « des bénéfices annuels », leur droit porte seulement sur les bénéfices mis annuellement en distribution. Il ne s'étend pas aux réserves ni au boni de liquidation.

— Si les statuts stipulent que les porteurs de parts bénéficiaires ont droit à une fraction « des bénéfices », leur droit porte sur les bénéfices distribués annuellement, sur les réserves et sur le boni de liquidation : en effet, les réserves sont la propriété de la société et font partie intégrante de l'actif social. Leur distribution en espèces ou sous forme d'actions gratuites s'analyse donc en un partage anticipé de l'actif social (30).

141. Partage des bénéfices. — Comment se partagent les bénéfices entre actionnaires et porteurs de parts bénéficiaires? Les statuts règlent en général la question suivant des modalités variables dont nous allons indiquer la plus courante (31). Il faut distinguer l'hypothèse du partage de bénéfices effectué en fin d'exercice social et celle du partage effectué lors de la liquidation de la société.

Partage annuel. — Les bénéfices annuels se partagent de la façon suivante :

a) 5 % au fonds de réserve légale;

b) La somme nécessaire pour payer aux actionnaires, à titre de premier dividende, 5 % des sommes dont leurs actions sont libérées et non amorties;

c) Sur le surplus, il est prélevé 10 % au profit du conseil d'administration;

d) Le solde se répartit : 30 % aux propriétaires de parts bénéficiaires et 70 % aux actionnaires.

(30) Amiaud, *op. cit.*, p. 445; Maria, thèse, *op. cit.*, p. 213; Houpin et Bosvieux, *Traité*, n° 536.

(31) Voir Joly, *op. cit.* : Formules de statuts, art. 49 et 52.

Deux sortes de réserves peuvent être constituées : L'une, prélevée sur l'ensemble des bénéfices revenant aux actionnaires et aux porteurs de parts bénéficiaires, est commune aux deux catégories. L'autre, prélevée sur les 70 % revenant aux actionnaires, est la propriété de ces derniers, à l'exclusion des porteurs de parts bénéficiaires (32).

Boni de liquidation. — A la dissolution de la société, le produit net de la liquidation, après règlement du passif, est employé à rembourser le capital non amorti des actions et à répartir entre les actionnaires les sommes représentatives des réserves qui leur sont propres.

Le surplus est réparti : 30 % aux propriétaires de parts bénéficiaires et 70 % aux actionnaires.

142. Diminution du droit aux bénéfices. — Quel est l'effet de l'accroissement du nombre d'actions sur le droit aux bénéfices des porteurs de parts bénéficiaires? Il faut distinguer selon que l'incorporation est opérée avec des réserves propres aux actionnaires ou communes aux actionnaires et aux porteurs de parts bénéficiaires.

Réserves propres aux actionnaires. — Lorsqu'il y a distribution ou conversion en actions de sommes provenant de réserves propres aux actionnaires (primes d'émission (33), réserve réalisée avec des bénéfices revenant aux seuls actionnaires), les porteurs de parts bénéficiaires n'ont aucun droit sur les sommes distribuées ou les actions émises.

Cependant, les porteurs de parts bénéficiaires subissent un préjudice par suite de l'incorporation de ces réserves. En effet, les actions nouvelles distribuées ne sont pas amorties. Elles ont droit au premier dividende. Elles diminuent ainsi le solde des bénéfices à partager entre les actionnaires et les porteurs de parts bénéficiaires.

Par ailleurs, si la société est dissoute avant l'amortissement intégral de ces actions, le produit net de la liquidation est employé d'abord à achever leur amortissement. Il diminue d'autant le

(32) Les pourcentages indiqués varient suivant les sociétés. Toutefois : 1° Le prélèvement au profit de la réserve légale est toujours de 5 % jusqu'à ce que cette réserve ait atteint 1/10 du capital social (art. 36, L. de 1867); 2° Le conseil d'administration ne peut pas toucher plus de 10 % du surplus des bénéfices (art. 11, al. 2, L. de 1943).

(33) La prime est considérée comme un supplément d'apport et non comme un bénéfice. Voir sur ce point n° 73, avec les références en note.

surplus réparti entre les actionnaires et les propriétaires de parts bénéficiaires.

Réserves communes. — Lorsque la société incorpore au capital social des réserves communes aux actionnaires et aux propriétaires de parts bénéficiaires, le préjudice que nous venons de signaler existe toujours.

De plus, le montant des réserves sur lesquelles les porteurs de parts bénéficiaires ont des droits est diminué.

Que l'incorporation ait lieu au moyen de réserves propres aux actionnaires ou de réserves communes aux actionnaires et aux porteurs de parts bénéficiaires, ces derniers subissent toujours un préjudice pécuniaire. Il faut le réparer, mais quel moyen doit-on employer?

143. Les remèdes (*Accord amiable*). — Lorsque l'augmentation de capital est réalisée par le procédé indirect (distribution de réserves suivie d'une souscription facultative d'actions), les porteurs de parts bénéficiaires ont droit de recevoir une partie des réserves distribuées. Il est toutefois nécessaire que la distribution porte sur des réserves communes aux actionnaires et aux porteurs de parts bénéficiaires.

Même alors, le préjudice subi par les porteurs de parts bénéficiaires n'est que partiellement supprimé. En effet, leur droit dans les réserves est conservé. Mais leur droit dans les distributions futures de bénéfices est diminué : Les actions nouvelles toucheront le premier dividende et réduiront d'autant le solde de bénéfices attribué aux porteurs de parts bénéficiaires.

Aussi les porteurs de parts bénéficiaires ont demandé à participer aux augmentations de capital par incorporation de réserves et à recevoir des actions gratuites parallèlement aux actionnaires.

La majorité de la doctrine (34) considère, avec juste raison, nous semble-t-il, que la société n'est jamais obligée de donner satisfaction à une pareille demande. On fait remarquer en effet que l'attribution d'actions aux porteurs de parts bénéficiaires fait acquérir la qualité d'actionnaire à ces derniers. Ils obtiennent donc :

— un droit de vote dans les assemblées d'actionnaires;

(34) Amiaud, *Des comptes de réserves*, 2e éd., p. 396 et suiv.; Cordonnier, *Journ. soc.*, 1943, p. 112; Joffroy, thèse, p. 142.

Contra : Houpin et Bosvieux, *Traité*, n° 537, opinion non motivée; Joly, *op. cit.*, n° 13.

— et un droit dans les bénéfices annuels et le boni de liquidation revenant aux actionnaires.

La quote-part des bénéfices attribués statutairement aux actionnaires et aux porteurs de parts bénéficiaires est donc bouleversée puisque les porteurs de parts bénéficiaires deviennent actionnaires *tout en conservant leurs parts*.

La doctrine a cherché un procédé pour rétablir automatiquement l'équilibre entre actionnaires et porteurs de parts bénéficiaires. Elle ne l'a pas trouvé (35). La difficulté vient de l'antagonisme entre ces deux idées :

— D'un côté, la société n'est pas obligée d'attribuer des actions gratuites aux porteurs de parts bénéficiaires.

— D'un autre côté, les porteurs de parts bénéficiaires n'ont pas à subir sans dédommagement le préjudice que leur cause la distribution d'actions gratuites aux actionnaires.

Le seul moyen de sortir de cette impasse est la conclusion d'un accord amiable entre l'assemblée des actionnaires et celle des porteurs de parts bénéficiaires. Cette solution est préconisée par la doctrine (36). Elle est suivie par la pratique. Sans cet accord, l'augmentation de capital par incorporation de réserves avec attribution d'actions aux actionnaires porterait un préjudice aux porteurs de parts bénéficiaires. La fraction des bénéfices leur revenant serait diminuée. L'opération pourrait être annulée de ce chef (37).

(35) Voir, sur ce point, Cordonnier, *op. cit.*, p. 116 et suiv.

(36) Cordonnier, *Journ. soc.*, 1943, p. 117; A.N.S.A., *op. cit.*, p. 24; Joffroy, thèse, p. 144; Michel, *Gaz pal.*, 24 déc. 1942.

(37) Pour l'annulation d'une décision de l'assemblée générale des actionnaires modifiant le solde des bénéfices revenant aux porteurs de parts bénéficiaires, voir Cour de Paris, 16 février 1911, *Journ. soc.*, 1911, p. 274.

SECTION III

REGIME FISCAL DES INCORPORATIONS DE RESERVES AU CAPITAL SOCIAL

(*Loi du 12 août 1942.*) (38).

144. Principe de la double taxation (*I.S.R.V.M. et droit d'apport*). — Nous avons vu précédemment que l'augmentation de capital par incorporation de réserves pouvait avoir lieu directement au moyen d'un simple jeu d'écriture.

Cette analyse, non contestée sur le plan juridique, n'est pas admise dans le domaine fiscal par l'Administration. L'Administration considère en effet que l'opération se décompose en deux phases :

1° Distribution de bénéfices accumulés constituant un revenu pour l'actionnaire;

2° Apport par celui-ci à la société.

La première phase de l'opération tombe sous le coup de l'article 50 du Code des valeurs mobilières et rend exigible l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (30 %). Par voie de conséquence, l'impôt général sur le revenu est également dû (39).

La seconde phase donne ouverture au droit d'apport.

La jurisprudence adopte la thèse de l'Administration (40).

145. Atténuations législatives. — Cette double taxation, avantageuse pour le fisc, rend l'opération trop onéreuse pour les sociétés et pratiquement irréalisable. Aussi le législateur a dû intervenir à deux reprises pour remédier en partie à cette situation.

(38) Voir : George, *La loi du 12 août 1942 modifiant le régime fiscal des incorporations de réserves au capital et des fusions de sociétés* (*Journ. soc.*, 1943, p. 161 et suiv.); A.N.S.A., *Les augmentations de capital par incorporation de réserves*, janvier 1943, p. 51 et suiv.; Joly, *Dictionnaire du droit des sociétés anonymes* « Augmentation de capital. Régime fiscal », nos 2 à 6; Charron, *Journ. des notaires*, 1943, p. 45 à 47 et 101 à 109; Michel, *L'incorporation des réserves au capital et la loi du 12 août 1942* (*Gaz. Pal.*, 24 décembre 1942 et suiv.).

(39) Rappelons que l'impôt général sur le revenu est un impôt progressif : sa charge peut donc être très lourde.

(40) Longue série d'arrêts de la Cour de cassation.

Pour la perception de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, Req., 7 juin 1880, S., 1880.1.473 et 476.

Pour la perception du droit d'apport, Civ., 27 avr. 1937, *Gaz. Pal.*, 1937.2.90.

Voir références, *Impôts et sociétés*, nov. 1945, p. 239.

1° *Le décret-loi du 30 mars 1939* a apporté une double amélioration à l'imposition des réserves distribuées sous la forme d'actions gratuites entre le 1er avril 1939 et le 1er janvier 1940 (ce régime a été prorogé jusqu'au 30 juin 1940 par l'article 2 de la loi du 31 décembre 1939) :

a) Il diminue de moitié le taux de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (41);

b) Il supprime l'impôt général sur le revenu;

c) Mais il maintient le droit d'apport (42).

2° *Le régime de droit commun* s'est à nouveau appliqué à partir du 30 juin 1940. Jusqu'à la mise en application de la loi du 12 août 1942, l'incorporation des réserves au capital social entraînait donc la perception de :

— l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières;

— l'impôt général sur le revenu,

— et du droit d'apport.

3° *La loi du 12 août 1942* modifie profondément le régime fiscal précédemment appliqué en matière d'incorporation de réserves au capital social. Mais, alors que le décret-loi de 1939 n'avait institué qu'un régime provisoire, la loi de 1942 crée un *régime permanent* :

a) Elle exonère l'opération de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières et de l'impôt général sur le revenu;

b) Elle la soumet, en plus du droit d'apport (1 %), à une taxe additionnelle (15 %).

(41) Le taux de l'I.S.R.V.M. était, en 1939, de :
— 9 % pour les personnes physiques dont les titres anciens étaient nominatifs;
— 13,50 % pour les personnes morales propriétaires de titres anciens nominatifs ou au porteur et les personnes physiques propriétaires de titres anciens au porteur.

(42) En règle générale, le taux du droit d'apport était de 3,25 % (art. 445-1° du Code de l'Enregistrement).
— Le droit d'apport était de 1,65 % lorsqu'une société procédait, dans les trois ans de la réduction de son capital, à la reconstitution totale ou partielle de ce capital dans la mesure où les apports nouveaux n'excédaient pas le montant de la réduction antérieure (art. 445-3).
— Le taux de l'apport était de 0,25 % pour les incorporations de réserves postérieures au 30 novembre 1938 et constitué par acte enregistré avant le 1er juillet 1940 (art. 445 *bis*). Les réserves incorporées devaient être représentées au bilan par du numéraire ou des sommes disponibles sous forme de dépôts payables à vue.
— Consulter, sur ce point, A.N.S.A., *L'affectation des réserves aux augmentations de capital*, juillet 1939, p. 51 à 68.

§ 1er. — *Exonération de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières et de l'impôt général sur le revenu.*

I. — *IMPOT SUR LE REVENU DES VALEURS MOBILIERES*

146. L'exonération. — L'article 1er de la loi du 12 août 1942 (art. 138 *bis* du Code des valeurs mobilières) pose en termes généraux le principe de l'exonération. En conséquence, il n'y a pas lieu de distinguer :

a) *selon les modalités de la distribution :* l'exonération s'applique, que la conversion soit directe ou indirecte (43);

b) *selon les réserves employées :* peu importe que ce soient les réserves apparentes ou les réserves occultes.

Mais encore faut-il, pour que l'incorporation des réserves au capital social bénéficie des dispositions de la loi de 1942, que ces réserves apparaissent au préalable au bilan. L'ordonnance du 15 août 1945 (art. 71) prévoit du reste formellement, en ce qui concerne les plus-values de réévaluation, leur inscription au bilan à un poste de réserve spécial.

147. Les déchéances. — Le législateur, dans les alinéas 2 et 3 de l'article 1er, prend les mesures pour éviter la fraude suivante : En l'absence de pertes, une société fait précéder ou suivre une augmentation de capital d'une réduction de capital d'un montant équivalent à l'augmentation. Les deux opérations s'annulent. La société distribue ainsi ses réserves en franchise d'impôt sur le revenu des valeurs mobilières.

Pour éviter cette fraude, le législateur prévoit la déchéance de l'exonération dans les trois hypothèses suivantes :

1° L'augmentation de capital est *consécutive à une réduction de capital*, non motivée par des pertes sociales, réalisée depuis moins de dix ans (44). Naturellement, si l'opération est motivée par des pertes, il n'y a pas fraude à la loi. Il faut appliquer à nouveau le principe de l'exonération.

2° L'augmentation de capital est *suivie*, dans le délai de dix

(43) En ce sens, instr. 4415.

(44) Toutefois, l'incorporation de la réserve de réévaluation (art. 71 ord. 15 août 1945) est exonérée de l'I. S. R. V. M., même lorsqu'il y a eu réduction de capital entre le 1er juillet 1942 et le 18 août 1945 non motivée par des pertes (solution administrative).

ans, *d'une réduction de capital* non motivée par des pertes. L'opération est rétroactivement déchue du bénéfice dont elle a profité.

3° L'augmentation de capital est *précédée ou suivie d'une opération quelconque de remboursement* en franchise de l'impôt sur le revenu (45).

148. Taux et paiement de l'impôt. — Lorsque l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières est dû, quel est le taux applicable? (46). On peut hésiter entre le taux en vigueur au jour de l'augmentation de capital et le taux en vigueur au jour de la réduction de capital.

Il semble cependant qu'il faille se référer au *taux en vigueur au jour de l'augmentation de capital* : La loi parlant de « déchéance » du bénéfice de l'exemption, il faut se replacer au moment de l'exemption, c'est-à-dire au moment de l'augmentation de capital.

L'impôt est acquitté par la société dans les vingt premiers jours du trimestre qui suit celui durant lequel a eu lieu la réduction de capital ou l'opération impliquant remboursement.

II. — *IMPOT GENERAL SUR LE REVENU*

149. L'exonération et les déchéances. — La distribution de réserves sous forme d'augmentation de capital est exonérée de l'impôt général sur le revenu dans la mesure où elle bénéficie de l'exemption de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (art. 5) (47).

Par symétrie, les déchéances d'exonération sont les mêmes en matière d'impôt général sur le revenu qu'en matière d'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (augmentation de capital précédée ou suivie d'une réduction de capital, opération impliquant remboursement).

(45) L'Administration relève de cette déchéance les sociétés concessionnaires et les sociétés dont les statuts ont prévu, antérieurement à la loi du 13 juillet 1925, l'amortissement obligatoire des actions (art. 119, 1° et 2°, du C.V.M.). — Décision du ministre des Finances du 13 juin 1944, Instr. 4662, § 5. — Dans le même sens, A.N.S.A., *op. cit.*, p. 63.

(46) Voir : JOLY, *Dictionnaire*, *op. cit.*, « Augmentation de capital. Régime fiscal », n° 4; A.N.S.A., *op. cit.*, p. 63.

(47) Si, au lieu d'« exemption », il y a « non-assujettissement » à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, l'impôt général sur le revenu devrait être perçu. C'est le cas pour un actionnaire métropolitain de société coloniale. Par mesure de faveur, l'Administration ne perçoit pas l'impôt dans ce cas. Consulter JOLY, *op. cit.*, n° 5.

Encore faut-il, pour qu'il y ait déchéance d'exonération, que l'actionnaire ait bénéficié *personnellement* des immunités accordées par la loi (art. 5 al. 3). Si donc les actions ont changé de propriétaire entre l'augmentation et la réduction de capital (ou l'opération impliquant remboursement), l'impôt général sur le revenu n'est pas dû.

La loi de 1942, exemptant l'incorporation des réserves au capital social de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières et de l'impôt général sur le revenu, crée un régime de faveur au profit des actionnaires.

Elle se montre moins libérale vis-à-vis de la société à qui elle fait payer un droit d'apport et une taxe additionnelle : Le fisc reprend en partie à la société l'avantage qu'il concède aux actionnaires.

§ 2. — *Droit d'apport et taxe additionnelle.*

I. — *DROIT D'APPORT*

150. Son inopportunité. — La doctrine est unanime (48) à critiquer l'application du droit d'apport à une augmentation de capital par incorporation de réserves. L'apport, remarque M. George, suppose la coexistence de deux personnes (physiques ou morales), l'intervention d'un tiers. Mais les mouvements qui se produisent à l'intérieur d'un seul et même compte, sans aucune intervention étrangère, sans entrée d'une richesse nouvelle dans le patrimoine social, ne sauraient être considérés comme des apports. Ils ne devraient pas être assujettis au droit d'apport.

La loi du 12 août 1942 est pourtant formelle : L'article 3 exige la perception de ce droit.

L'opposition entre l'interprétation fiscale et civile s'explique, d'après M. George, de la façon suivante. Le droit d'apport est un *droit d'acte*, c'est-à-dire un droit indépendant de toute mutation et perçu, en dehors de l'entrée d'un bien dans un patrimoine, du seul fait de la présentation à l'enregistrement d'un écrit constatant l'existence de l'augmentation de capital.

Mais la distinction des droits d'enregistrement en droits d'actes et droits de mutation est rejetée par la jurisprudence et invoquée

(48) Michel, *op. cit.*, *Gaz. Pal.*, 24 décembre 1942 et suiv.; George, *op. cit.*, *Journ. soc.*, 1943, p. 175 à 178; Joffroy, thèse, p. 171.

par l'Administration selon qu'elle lui est favorable ou non [49]. En réalité, si l'opération est soumise au droit d'apport, c'est simplement parce que la loi l'exige formellement.

151. Exception au droit d'apport. — Une exception à la perception du droit d'apport a lieu lorsqu'il y a incorporation au capital social de la réserve provenant des primes d'émission. Nous avons vu, en effet [50], que les primes avaient déjà supporté ce droit lors de leur entrée dans le fonds social. Il eût été anormal de les imposer deux fois.

En cas de réévaluation d'actif, on avait pu penser [51] que le droit d'apport n'était pas dû.

L'article 71 al. 3 de l'ordonnance du 15 août 1945 règle la difficulté. La plus-value est soumise au droit d'apport.

II. — *TAXE ADDITIONNELLE*

152. Majoration du droit d'apport. — La taxe additionnelle de 15 % créée par l'article 3 de la loi du 12 août 1942 n'est exigible qu'autant que le droit d'apport est lui-même perçu. La caractéristique de cette taxe est d'être une « majoration » du droit d'apport.

La taxe n'est donc pas perçue en cas d'incorporation de primes d'émission [52]. Par contre, elle est due s'il y a réévaluation d'actif (art. 71 al. 3 de l'ordonnance du 15 août 1945).

153. Reconstitution du capital réduit pour cause de pertes (*Exonération administrative*). — La société qui reconstitue, à l'aide de réserves, la partie de capital social antérieurement réduit *pour cause de pertes*, devrait payer le droit d'apport et la taxe additionnelle. L'administration l'exonère du paiement de la taxe additionnelle pour la raison suivante [53] :

Avant la loi du 12 août 1942, la répartition ayant pour but de rembourser les sommes dont les actionnaires avaient fait abandon

(49) Sur ce point, consulter LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire d'enregistrement*, p. 187 et suiv.

(50) Voir n° 75.

(51) MICHEL, *Gaz. Pal.*, 24 décembre 1942 et suiv.; JOFFROY, thèse, p. 181.

Contra : CONSTANTIN et GAUTRAT, *Incorporation au capital d'une plus-value provenant d'une réévaluation des immobilisations*, p. 61 et suiv.

(52) JOLY, *op. cit.*, n° 3 (avec référence à une lettre de l'Administration à l'A.N.S.A. en date du 22 décembre 1942).

(53) Lettre précitée à l'A.N.S.A. du 22 décembre 1942. Voir A.N.S.A., *op. cit.*, p. 69-70.

s'analysait en un remboursement d'apports. Ces apports, du fait de la réduction antérieure, n'étaient plus compris dans le capital social. Le remboursement n'était donc pas assujetti à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières.

Lorsque les sommes ainsi distribuées étaient ensuite incorporées au capital social, elles étaient passibles du droit d'apport.

La loi de 1942 confirme la solution administrative. L'augmentation de capital est exonérée de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières.

Par contre, cette même loi aggrave le droit d'apport d'une surtaxe additionnelle. Cette surtaxe a pour but de compenser en partie l'avantage acquis par la suppression de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières.

Par conséquent, une opération qui, avant la loi de 1942, ne donnait pas ouverture à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, se trouve désormais imposée plus lourdement :

— Avant la loi de 1942, elle n'était passible que du droit d'apport;

— Depuis la loi de 1942, elle est passible du droit d'apport auquel s'ajoute la taxe additionnelle.

Ce résultat est contraire au but de détente fiscale recherché par la loi. Aussi l'Administration décide-t-elle que, chaque fois qu'en vertu des principes généraux de la loi fiscale l'opération ne donnait pas ouverture à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières avant l'entrée en vigueur de la loi du 12 août 1942, la taxe de 15 % ne sera pas réclamée.

L'Administration se réserve cependant la faculté d'examiner chaque cas particulier. L'exonération qu'elle accorde n'a donc pas lieu de plein droit.

154. Superposition d'impôts. — En dehors de ce cas d'exonération, la taxe additionnelle est perçue en même temps que le droit d'apport.

Elle peut également se superposer avec d'autres impôts.

En principe, la taxe additionnelle et l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières sont indépendants l'un de l'autre et peuvent se cumuler. Lorsque l'opération ne bénéficie plus de l'exonération de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (parce que, moins de dix ans après l'augmentation de capital, le capital est réduit en l'absence de pertes), elle donne cependant ouverture à la taxe. Il y a là en quelque sorte une pénalité vis-à-vis de la société.

Il est un autre cas où l'augmentation de capital se trouve soumise à un régime particulièrement dur (54) : La taxe additionnelle a été perçue dès le 15 août 1942, mais l'exonération de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières n'a joué qu'à partir du 1er septembre 1942. Dès lors, une augmentation de capital par incorporation de réserves réalisée entre le 15 août et le 1er septembre 1942 a donné ouverture à la fois : à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, à l'impôt général sur le revenu, au droit d'apport et à la taxe additionnelle (46 %, sans compter l'impôt général sur le revenu).

155. Avantage indirect. — La taxe additionnelle, payée par la société, offre un avantage indirect : elle entre dans les frais d'augmentation de capital. Elle est, comme eux, assimilée à des frais de premier établissement et déduite des bénéfices imposables à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux (et, avant son abrogation, au prélèvement temporaire) (55). Si l'exercice au cours duquel ils ont été exposés est déficitaire, ils peuvent être imputés sur les bénéfices de l'exercice suivant.

Aussi, comme le fait remarquer très justement M. Michel (*op. cit.*), une société qui était assujettie d'abord au prélèvement temporaire (de 20 % à 80 %) et frappée ensuite sur le solde par l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux (24 %), avait parfois intérêt à procéder à une incorporation de réserves. L'opération était réalisée pratiquement en franchise d'impôts.

156. Sévérité de la loi du 12 août 1942. — En définitive, le régime fiscal des incorporations de réserves au capital social se ramène au tableau suivant :

1° Régime de droit commun avant la loi du 12 août 1942.

a) Impôt sur le revenu des valeurs mobilières	30 %	= 31 % +	Impôt général sur le revenu.
b) Impôt général sur le revenu	Variable		
c) Droit d'apport	1 %		

2° Régime temporaire de faveur du décret-loi du 3° mars 1939 (*appliqué du 1er avril 1939 au 30 juin 1940*).

Porté pour mémoire.

3° Régime permanent de faveur de la loi du 12 août 1942.

a) Droit d'apport	1 %	16 %.
b) Taxe additionnelle	15 %	

(54) Voir Joly, *op. cit.*, n° 3.

(55) Sur la déduction de l'impôt sur les B.I.C. des frais de premier établissement; consulter : C.E., 20 déc. 1929, *Gaz. Pal.*, 1930.1.381; C.E., 22 juill. 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.2.875; C.E., 19 juill. 1937, R.I., 5120; C.E., 2 févr. 1942, R.I., 5894.

Ce régime entraîne les deux remarques suivantes :

1° QUANT A LA FAVEUR ACCORDÉE. — La loi du 12 août 1942 supprime l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (30 %), mais crée une taxe additionnelle (15 %). Le gain est donc de 15 %, auquel il faut ajouter l'exemption à l'impôt général sur le revenu.

2° QUANT A L'INCIDENCE DES IMPÔTS :

a) *Avant la loi de* 1942, l'incorporation des réserves au capital social est passible de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, c'est-à-dire d'un impôt direct à la charge de l'actionnaire.

b) *Depuis la loi de* 1942, l'opération est soumise à la taxe additionnelle, c'est-à-dire à un impôt indirect à la charge de la société.

Mais cette charge venant en déduction des bénéfices passibles de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux (et du prélèvement temporaire, avant sa suppression) est réduite d'autant. L'innovation apportée par la loi de 1942 constitue donc un avantage indirect pour les associés.

En définitive, le régime fiscal de l'incorporation des réserves, simple opération comptable sans acquisition d'un bénéfice pour les actionnaires, est encore trop sévère. L' « avantage » accordé par la loi du 12 août 1942 n'est pas assez grand. Le paiement d'un droit de 16 % empêche un certain nombre de sociétés d'incorporer la plus-value de réévaluation de leur bilan (56). Il serait souhaitable que le montant de la taxation soit diminué. Il n'est malheureusement pas impossible, au contraire, que l'Etat, actuellement à court d'argent, ne l'aggrave.

(56) La loi de finances du 23 décembre 1946 (art. 48) autorise cependant un régime facultatif de paiement échelonné sur cinq années.

CHAPITRE II

INCORPORATION DES RESERVES AU CAPITAL SOCIAL AVEC ATTRIBUTION D'ACTIONS A DES NON-ACTIONNAIRES

157. Attribution d'actions à des non-actionnaires. — Les actions gratuites créées au moyen d'une incorporation de réserves au capital social peuvent ne pas être remises aux actionnaires. La société fait entrer alors de nouveaux actionnaires dans son sein, actionnaires qui, par hypothèse, ne font aucun apport ni en espèces ni en nature.

L'augmentation de capital soulève des difficultés particulières dans deux cas :

1° *Conversion des parts bénéficiaires en actions au moyen de réserves.* — Nous avons examiné précédemment (n^os^ 140 et suiv.) le cas de la participation *parallèle* des porteurs de parts bénéficiaires à une augmentation de capital réalisée au profit des actionnaires.

Nous étudierons ici le cas de leur participation *exclusive* à une augmentation de capital. C'est une hypothèse tout à fait distincte de la précédente. L'attribution d'actions aux porteurs de parts bénéficiaires est alors le but principal de l'opération, qui s'accompagne d'une suppression des parts. Les actions sont remises non à titre de dédommagement, mais à titre de remplacement.

2° *Augmentation de capital avec remise d'actions à l'Etat (et aux sociétés participantes) conformément aux dispositions de l'ordonnance du 15 août 1945.* — La société est débitrice d'un impôt envers l'Etat. Pour s'en libérer, la loi lui donne une option. Elle peut soit payer l'Etat en espèces, soit le payer en nature en lui remettant des actions.

SECTION PREMIERE

CONVERSION EN ACTIONS DES PARTS BENEFICIAIRES OU DES PARTS DE FONDATEUR

158. Droits des porteurs de parts. — Les porteurs de parts bénéficiaires ou de parts de fondateur ont, outre un droit de surveillance et d'opposition, un droit sur les bénéfices (1) mis en distribution ou mis en réserve, sauf stipulation contraire des statuts. Le montant de ce droit n'est pas légalement limité, et il faut s'en rapporter aux statuts pour le déterminer.

Lorsqu'une augmentation de capital a lieu, les statuts prévoient parfois que la fraction des bénéfices attribuée aux parts sera diminuée proportionnellement au montant de l'augmentation de capital. Si, par exemple, le capital social passe de 5 à 15 millions, les porteurs de parts ne toucheront plus que le 1/3 (ou les 5/15) de la quote-part des bénéfices qu'ils touchaient auparavant.

Mais, dans l'hypothèse inverse de la précédente ou en cas de silence des statuts, la fraction de bénéfices attribuée aux porteurs de parts bénéficiaires ne subit aucune réduction (2). Cette fraction peut alors représenter des sommes très importantes : Si les statuts stipulent que les porteurs de parts bénéficiaires ont droit à 30 % et les actionnaires à 70 % des bénéfices, il doit toujours être prélevé 30 % au profit des porteurs de parts, quels que soient les changements qui puissent intervenir dans le nombre ou le montant des actions.

159. Opposition d'intérêts avec les actionnaires. — Lorsqu'une société augmente son capital par appel d'argent frais ou par apport en nature, l'opération est tout à l'avantage des porteurs de parts bénéficiaires (3) : Ils voient croître leurs dividendes, alors qu'en contre-partie ils ne concèdent qu'un sacrifice plus théorique que pratique. L'émission d'actions nouvelles augmente le nombre d'actions ayant droit au premier dividende (voir n° 142).

(1) Voir, sur ce point, RIPERT, *Cours*, p. 477 et suiv.

(2) HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité*, n° 537; RAULT, *Traité théorique et pratique des parts de fondateur et des groupements de porteurs de parts de fondateurs*, p. 142; PIC, *Traité*, t. 2, n° 1728; COPPER-ROYER, t. 3, n° 455; GAULTIER, *Droits des porteurs de parts de fondateur sur les bénéfices sociaux*, thèse Paris, 1939, p. 129-130.

(3) C'est pour cette raison que des conseils d'administration bien pourvus en parts ont quelquefois tendance à faire procéder à des augmentations de capital que le seul intérêt de la société ne suffit pas à expliquer.

Par conséquent, le solde de bénéfices revenant aux porteurs de parts bénéficiaires diminue.

Mais le solde de bénéfices, du fait de l'extension de l'affaire, sera normalement beaucoup plus élevé après qu'avant l'augmentation de capital. Les porteurs de parts bénéficiaires trouveront donc leur compte dans l'opération.

Il y a alors opposition d'intérêts entre les porteurs de parts bénéficiaires, qui désirent la distribution de dividendes élevés, et les actionnaires, qui préfèrent mettre une partie des bénéfices en réserve.

Aussi les actionnaires considèrent-ils en général les porteurs de parts bénéficiaires comme des indésirables. Ils cherchent à s'en débarrasser, surtout lorsqu'ils veulent procéder ultérieurement à une augmentation de capital par adjonction de richesses nouvelles [4] : ils ne tiennent évidemment pas à réaliser une opération dont l'avantage reviendrait principalement aux porteurs de parts bénéficiaires.

160. Elimination des porteurs de parts. — La société a plusieurs façons d'éliminer, avec leur consentement [5], les porteurs de parts bénéficiaires :

— Elle peut tout d'abord racheter les parts et les annuler.

— Elle peut aussi transformer les porteurs de parts bénéficiaires en obligataires.

— Elle peut enfin (et c'est le seul cas qui entre dans notre étude) transformer les porteurs de parts bénéficiaires en actionnaires par conversion des parts en actions.

Cette conversion ne peut s'opérer qu'au moyen des réserves. Les parts ne sauraient en effet faire l'objet d'un apport en nature, car elles ne représentent pas une valeur susceptible de figurer comme élément de l'actif social dans le bilan de la société. L'article 8 de la loi du 23 janvier 1929 consacre cette solution [6].

(4) Des cas récents sont fournis par la société « Précision Moderne » (voir *Echo de la finance* du 14 décembre 1945), la société « Association financière pour le Commerce et l'Industrie » (voir *Echo de la finance* du 3 mai 1946) et la « Banque de Crédit industriel et commercial » (voir *Echo de la finance* du 17 mai 1946).

(5) Consentement :

— de la majorité de la « masse » si les porteurs de parts sont soumis à la loi du 23 janvier 1929;

— de l'unanimité (sauf clause contraire des statuts du groupement des porteurs de parts) si les porteurs de parts ne sont pas soumis à la loi du 23 janvier 1929 (parts créées antérieurement à la loi de 1929, soumises à un mode de représentation collective et dont les porteurs ne se sont pas placés sous l'empire de cette loi).

(6) Voir aussi Houpin et Bosvieux, *Traité*, n° 878.

Le même article 8 stipule que la conversion des parts bénéficiaires en actions ne peut avoir lieu que deux ans après la création des parts.

Comme dans le cas où les actions sont remises aux actionnaires, la conversion est réalisée selon deux modes différents, soit indirectement, soit directement :

1° La conversion *indirecte* se divise en deux phases : dans la première phase, la société rachète les parts au moyen de réserves (7); dans la seconde phase, il y a souscription facultative par les porteurs de parts à l'augmentation de capital qui est d'un montant correspondant au prélèvement effectué au compte « Réserves ». La libération des actions se fait par compensation.

2° La conversion *directe* se ramène à un simple jeu d'écriture, Il y a virement du compte « Réserves » au compte « Capital social ».

161. Les difficultés de la conversion. — La conversion des parts en actions au moyen des réserves obéit aux mêmes règles que la conversion des réserves en actions au profit des actionnaires. La seule différence concerne l'attributaire des actions. Dans un cas, ce sont les actionnaires; dans l'autre, ce sont les porteurs de parts bénéficiaires.

Toutefois, deux problèmes supplémentaires se posent :

1° Peut-on incorporer les mêmes réserves et notamment l'augmentation de capital peut-elle être réalisée avec des réserves sur lesquelles les porteurs de parts bénéficiaires ont des droits ?

2° Faut-il observer la procédure dérogatoire au droit préférentiel de souscription ?

§ 1er. — *De l'incorporation des réserves qui sont la propriété partielle des porteurs de parts bénéficiaires.*

162. Décision majoritaire insuffisante. — L'incorporation de réserves qui sont la propriété partielle des porteurs de parts bénéficiaires soulève un problème de décision. La conversion des parts en actions peut-elle être valablement décidée par l'assemblée

(7) Nous avons vu précédemment, à propos des primes d'émission, que le rachat des parts de fondateur était exempt de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (Chambres réunies, 7 avril 1943, S., 1944. 1, 19). — Voir n° 84, 2°.

générale des porteurs de parts bénéficiaires statuant à la majorité des 2/3 (art. 6 al. 4) ?

M. Cordonnier[8] a estimé tout d'abord que l'opération réclamait le consentement unanime des porteurs de parts bénéficiaires. Il invoquait l'argument suivant :

Le *rachat* des parts bénéficiaires ne peut être réalisé qu'avec le consentement unanime des porteurs de parts bénéficiaires[9]. En effet, les réserves doivent être employées dans un but d'utilité commune aux deux catégories d'intéressés. D'ailleurs, l'opération réalisée avec des réserves communes ne consisterait-elle pas à rembourser partiellement les porteurs de parts bénéficiaires avec leur propre argent ?

La solution adoptée en matière de rachat de parts bénéficiaires était étendue à la conversion des parts en actions.

163. Décision majoritaire suffisante. — M. Cordonnier pense aujourd'hui[10] que l'opération peut être valablement décidée par l'assemblée des porteurs de parts bénéficiaires. Il invoque la raison suivante :

L'article 7 de la loi du 23 janvier 1929 autorise l'assemblée des porteurs de parts bénéficiaires à décider la conversion des parts en actions.

L'article 8 précise que cette conversion ne peut avoir lieu qu'au moyen des réserves.

Mais ni l'article 7, ni l'article 8, ne stipulent que, lorsque les réserves incorporées sont communes aux actionnaires, le consentement unanime de ces derniers est nécessaire. Par conséquent, que les réserves utilisées soient propres aux actionnaires ou communes aux actionnaires et aux porteurs de parts bénéficiaires, la conversion des parts en actions doit être décidée par l'assemblée générale extraordinaire et ratifiée par l'assemblée générale des porteurs de parts bénéficiaires.

Le consentement unanime des porteurs de parts bénéficiaires serait cependant nécessaire s'ils faisaient partie d'un groupement conventionnel antérieur à la loi du 23 janvier 1929.

L'article 7 de cette loi ne saurait s'appliquer dans ce cas, et le premier argument invoqué par M. Cordonnier reprendrait toute sa valeur.

(8) Cordonnier, *Journ. soc.*, 1929, p. 341 et suiv.
(9) Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, nos 541 et 1325-2.
(10) Cordonnier, *op. cit.*, *Journ. soc.*, 1943, p. 140 et 142.

Naturellement, lorsque les réserves incorporées sont des réserves communes, il faut tenir compte des droits des porteurs de parts bénéficiaires dans ces réserves et n'utiliser que la quote-part revenant aux actionnaires.

§ 2. — *De l'observation de la procédure dérogatoire au droit préférentiel de souscription.*

164. Procédure nécessaire (*Conversion indirecte*). — Les articles 6 et 7 du décret-loi du 8 août 1935 prévoient, lorsqu'il est dérogé au droit préférentiel de souscription des actionnaires, la présentation à l'assemblée générale des actionnaires d'un double rapport :

— par le Conseil d'administration;

— et par les commissaires aux comptes.

Or, dans le cas présent, les actions sont remises aux porteurs de parts bénéficiaires et non aux actionnaires. Faut-il alors observer les dispositions des articles 6 et 7 ?

Lorsque l'augmentation de capital est effectuée par le procédé indirect (distribution de réserves suivie de souscription), la question n'est pas discutée. Il faut, pour que l'opération soit régulièrement effectuée, qu'elle soit précédée des deux rapports.

165. Procédure inutile (*Conversion directe*). — Mais lorsque l'augmentation de capital a lieu directement, par virement de compte, cette formalité est-elle nécessaire ?

La doctrine ne le pensait pas [11].

Un jugement du Tribunal correctionnel de la Seine du 10 avril 1941 [12] a jeté le trouble sur cette question en exigeant l'accomplissement de la formalité.

Nous ne croyons pas qu'il faille attacher une trop grande importance à ce jugement unique, rendu à propos d'une affaire pénale. Il n'y a là, croyons-nous, que la survivance de l'ancienne théorie

(11) M. Joffroy reconnaît que les articles 6 et 7 ne s'appliquent pas au cas d'augmentation de capital sans souscription. Toutefois, « par scrupule » et « exceptionnellement », il conseille d'observer les formalités qu'ils prescrivent (Joffroy, thèse p. 153).

Dans le même sens : A. N. S. A., *op. cit.*, p. 42; Bosvieux, *Journ. soc.*, 1936, p. 19; Houpin et Bosvieux, *Supplément*, p. 127; Solus, *op. cit.*, n° 332.

(12) Trib. corr. Seine, 10 avril 1941; *Journ. soc.*, 1941, p. 183, note Cordonnier, ou *Rev. soc.*, 1942, p. 69, avec note non signée.

de M. Houpin, selon laquelle les réserves ne peuvent être incorporées au capital social que par le procédé indirect.

Ce jugement se réfère implicitement à un jugement du Tribunal de commerce du Havre, rendu le 4 août 1933 (13) à propos d'une conversion de réserves en actions avec remise de titres aux actionnaires. Le tribunal de commerce du Havre estimait que l'opération augmentait l'engagement des actionnaires et nécessitait par conséquent leur consentement *unanime* (art. 31 al. 1er de la loi du 24 juillet 1867).

Ce raisonnement, même s'il était exact (14), ne pourrait pas s'appliquer au cas de conversion des parts bénéficiaires en actions : L'article 7 de la loi du 23 janvier 1929 décide en effet que l'opération est régulièrement effectuée avec le consentement de la *majorité* de l'assemblée des porteurs de parts bénéficiaires.

Du reste, les formalités dérogatoires du décret-loi de 1935 ne concernent que le cas de *souscription* d'actions. Ici, il n'y a pas souscription d'actions, mais opération comptable interne. Aussi le Tribunal correctionnel de la Seine est-il amené à présenter la souscription comme *imposée* et *collective*, puisque la décision est prise par la majorité de l'assemblée des porteurs de parts bénéficiaires. Ce ne sont pas là les caractéristiques de la souscription. En effet, la souscription doit être :

— volontaire : le bulletin de souscription est signé par le souscripteur et nul n'est obligé de signer contre sa volonté;

— individuelle : chaque souscription doit être constatée par un bulletin de souscription (15).

Pour toutes ces raisons, nous pensons, avec l'unanimité de la doctrine, que le jugement du Tribunal correctionnel de la Seine du 10 avril 1941 est mal fondé en droit.

Toutefois, la pratique, par prudence, observe généralement la procédure dérogatoire du droit préférentiel de souscription. Ces complications inutiles seraient évitées si la jurisprudence réformait sa solution.

(13) Trib. de comm. Havre, 4 août 1933, *Journ. soc.*, 1935, p. 440.
(14) Pour la critique de ce raisonnement, consulter Joffroy, thèse, p. 101 et suiv.
(15) Pour ces différentes critiques, voir Cordonnier, *op. cit.*, *Journ. soc.*, 1941, p. 183 et suiv.

SECTION II

CONVERSION DES RESERVES EN ACTIONS AVEC REMISE DE TITRES A L'ETAT ET AUX SOCIETES PARTICIPANTES

(*Ordonnance du 15 août 1945.*) (16).

166. Assujettissement des sociétés à l'impôt de solidarité. — L'ordonnance du 15 août 1945 instituant un impôt de solidarité nationale assujettit à cet impôt les sociétés par actions ayant leur siège social en France (17).

L'ordonnance, dans son article 42-1°, indique les conditions d'exigibilité de l'impôt (18). La société doit :

1° être une société par actions;

2° avoir existé au 4 juin 1945;

3° avoir à cette date un capital social ou un fonds social supérieur à 5 millions de francs;

4° avoir la totalité ou une partie de ses actions cotées en Bourse.

L'article 50 prévoit une exception au profit de sociétés qui ont pour objet l'exploitation de services publics à l'étranger (19).

167. Caractéristiques de l'impôt. — L'impôt consiste en un *prélèvement sur le capital.* Il ne comporte pas de contribution sur l'enrichissement, comme c'est le cas pour les personnes physiques. L'équivalent de cette contribution a déjà été payé par les sociétés sous forme de prélèvements temporaires sur les excédents de bénéfices (loi du 30 janvier 1941).

(16) Consulter surtout la remarquable étude publiée par l'A. N. S. A. en décembre 1945, *L'impôt de solidarité applicable aux sociétés et aux porteurs de valeurs mobilières*, et celle de HAMEL, *L'impôt de solidarité nationale et les sociétés commerciales* (*Journ. soc.*, 1945, p. 241 et suiv.).

Voir aussi : GRAVAS, *L'impôt de solidarité nationale;* MOLAS, CHAPPAZ, SINDOU et BRELIER, *Traité de l'impôt de solidarité nationale* (sociétés et autres personnes morales); MICHEL, *L'impôt de solidarité et les personnes morales, Gaz. Pal.*, 7 déc. 1945 et suiv.; MOLIÉRAC, *L'impôt de solidarité et les personnes morales* (*Rev. soc.*, 1946, p. 1 et s.); *Impôts et sociétés*, numéro spécial sur l'impôt de solidarité nationale; *Instruction de l'Enregistrement*, n° 4687.

(17) Sont également soumises à l'impôt : les personnes physiques, les sociétés ayant leur siège hors de France et les personnes morales autres que les sociétés.

(18) Voir : HAMEL, *Journ. soc.*, 1945, p. 243 à 248; A. N. S. A., p. 12 à 18.

(19) Seize sociétés, dont la liste est donnée par un arrêté publié au *J. O.* du 27 février 1946, bénéficient de cette exception.

De plus, l'impôt payé par les sociétés est un impôt *proportionnel*. Il est égal au 1/20 du fonds social, sauf à déduire de ce fonds la fraction afférente aux participations détenues par d'autres sociétés, elles-mêmes soumises à l'impôt.

Au contraire, quand il frappe les personnes physiques, l'impôt est progressif. Mais la progressivité ne peut pas s'appliquer à l'impôt payé par les sociétés : En effet, l'importance du patrimoine social doit être appréciée en fonction du nombre des actionnaires. Etant donné l'existence des titres au porteur, ce nombre ne peut pas toujours être connu.

168. Modalités de paiement. — Les sociétés ont à leur disposition trois moyens pour se libérer de l'impôt de solidarité nationale :

1° Paiement espèces. — Elles peuvent payer l'impôt en espèces ou en valeurs émises par l'Etat (art. 44 al. 3) (20).

2° Paiement titres. — Elles peuvent attribuer à l'Etat des actions nominatives et, s'il en existe, des parts de fondateur en nombre suffisant pour que celui-ci reçoive l'équivalent au 1/20 du fonds social (art. 44 al. 2).

L'attribution des titres à l'Etat peut être réalisée suivant l'un des deux procédés suivants :

a) La société achète des titres en Bourse ou aux actionnaires et remet ces titres à l'Etat (21);

b) La société augmente son capital.

Si elle a des réserves, elle les convertit en actions.

Si elle n'a pas de réserves ou si elle ne veut pas effectuer de prélèvement sur celles qu'elle a, elle réduit d'abord son capital. Elle fait naître ainsi un supplément de réserves qu'elle n'a plus qu'à incorporer au capital.

3° Paiement combiné. — Les sociétés peuvent enfin combiner le paiement en espèces et le paiement en titres (art. 44 al. 4).

169. Difficultés des émissions d'actions. — Les augmentations de capital réalisées par les sociétés pour se libérer de l'impôt de solidarité ont été nombreuses. Le législateur a pris les mesures

(20) Les valeurs doivent être comprises dans le fonds social au 4 juin 1945. La fraction d'impôt payable en ces valeurs est fixée au maximum à la moitié du prélèvement (art. 44 al. 3).

(21) Hamel, *Journ. soc.*, 1945, p. 251; Gravas, p. 40 et suiv.

nécessaires pour en simplifier le plus possible les formalités. Nous allons étudier ces mesures.

Mais l'opération soulève dans son application un certain nombre de difficultés.

Nous examinerons enfin la situation spéciale des sociétés participantes et la manière dont le législateur en tient compte.

Tels sont les trois points que nous étudierons successivement :

§ 1. Formalités de l'augmentation de capital.

§ 2. Difficultés d'application.

§ 3. Situation des sociétés participantes.

§ 1er. — *Formalités de l'augmentation de capital.*

170. Libération exclusive de l'impôt. — Le régime de droit commun de l'augmentation de capital par conversion des réserves en actions est modifié par l'article 46 § 4.

Toutefois, une condition est nécessaire pour que ce nouveau régime soit appliqué. Il faut que l'opération ait pour but « *exclusif* » de libérer la société du prélèvement « par attribution à l'Etat ou aux sociétés participantes d'actions ou parts ».

En conséquence (22), ne tombe pas sous le coup de l'article 46 § 4 l'augmentation de capital par appel d'argent frais réalisée par la société en vue de se procurer les disponibilités nécessaires pour se libérer de l'impôt par paiement en espèces (23). Le but exigé par la loi ne serait pas atteint dans ce cas : il n'y aurait pas remise d'actions à l'Etat.

Cette différence de traitement est étrange. Pourquoi l'Etat ne favorise-t-il pas une opération qui, en définitive, lui permet d'encaisser des espèces monétaires au lieu de recevoir des actions ? Est-ce parce qu'il préfère que les sociétés se libèrent en actions plutôt qu'en espèces ? Ce serait alors la preuve que l'Etat s'intéresse moins au rendement de l'impôt qu'à son ingérence, grâce à celui-ci, dans l'administration des sociétés. L'impôt de solida-

(22) Lettre de la Direction générale de l'Enregistrement à l'A. N. S. A. en date du 7 novembre 1945. Voir A.N.S.A., *op. cit.*, p. 155 et 156.

(23) C'est le cas de la société « Kali Sainte-Thérèse », qui a réalisé une augmentation de capital de 80 millions de francs par appel d'argent frais (ass. gén. du 15 novembre 1945).

rité ne serait alors pour l'Etat qu'un moyen d'acquérir un contrôle sur les sociétés et faciliterait ainsi les nationalisations futures (24).

Les dérogations au droit commun apportées par l'article 46 § 4 concernent :

— les formalités juridiques qu'elles simplifient;

— le régime fiscal qu'elles rendent plus favorable.

I. — *FORMALITES JURIDIQUES SIMPLIFIEES*

171. Décision d'augmenter le capital. — La décision d'une augmentation de capital appartient, d'après le droit commun, à l'assemblée générale extraordinaire des associés. Mais la réunion de l'assemblée générale extraordinaire est longue; elle est également coûteuse.

Pouvoirs du conseil d'administration. — Pour éviter ces inconvénients, l'article 46 § 4 décide que, lorsque la société procède à une augmentation de capital pour se libérer de son impôt de solidarité par remise de titres à l'Etat, « l'opération peut être réalisée sans qu'il soit nécessaire d'accomplir les formalités exigées par la loi ou les statuts, par les soins du conseil d'administration ».

Bien que la loi ne parle que de « réalisation », le mot doit être entendu dans un sens large. C'est le conseil qui doit non seulement réaliser les formalités de l'opération, mais même prendre la décision et choisir le mode de libération de la société (règlement en actions ou règlement en espèces) (25). Le conseil d'administration a donc, en l'occurrence, les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire relatifs à la décision de l'augmentation de capital.

(24) L'Etat a encore manifesté son désir de surveiller les sociétés anonymes dans la loi de finances du 23 décembre 1946. L'article 82 décide que toute augmentation de capital, sous quelque forme que ce soit (c'est-à-dire *avec* ou *sans* adjonction de richesses nouvelles), sera soumise à l'autorisation préalable du Secrétaire d'Etat à l'Economie nationale et aux Finances. Toutefois, l'article 82 ne s'applique qu'aux opérations d'un montant supérieur à 25 millions de francs.

Rappelons que la loi du 6 août 1941 (art. 1er) soumettait déjà *certaines* augmentations de capital à l'autorisation préalable; il fallait que l'augmentation de capital soit :

— réalisée par appel d'argent frais (à l'exclusion des autres modes de réalisation);

— d'un montant supérieur à 50 millions de francs.

(25) En ce sens : Hamel, *Journ. soc.*, 1945, p. 261-262; A.N.S.A., p. 25 et 26; Joly *op. cit.*, *Impôt de solidarité*, n° 15; Molas, *op. cit*, p. 39 et 40; Lettre de la Direction générale de l'Enregistrement à l'A.N.S.A. en date du 28 novembre 1945 (voir A.N.S.A., p. 149).

Contra : Gravas, *op. cit.*, p. 254.

En faveur de cette thèse, on fait remarquer que l'augmentation de capital a pour but le paiement d'un impôt, simple opération de gestion de la compétence du conseil d'administration.

Du reste, pourquoi le législateur aurait-il donné au conseil le pouvoir de simplement « réaliser » l'augmentation de capital, au sens étroit du mot, puisque le droit commun le lui accorde déjà ? (26).

En droit, le conseil d'administration a donc les pouvoirs étendus que nous venons de voir.

Mais, en pratique, il ne lui est évidemment pas interdit de laisser à l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires le soin d'exercer l'option prévue par l'ordonnance et de se faire autoriser à réaliser l'augmentation du capital social, si le paiement par remise de titres est retenu (27).

172. Rupture d'égalité entre actionnaires (*Pluralité de catégories d'actions*). — L'augmentation de capital crée une rupture d'égalité entre actionnaires lorsqu'il existe plusieurs catégories d'actions. L'égalité est également rompue entre actionnaires et porteurs de parts bénéficiaires. Cette rupture d'équilibre n'aurait pas lieu si l'impôt était payé intégralement en espèces. Le conseil d'administration a-t-il besoin, dans ces deux cas, de faire ratifier sa décision par une délibération des assemblées spéciales ?

Lorsqu'il existe des actions ordinaires, des actions de priorité et des actions de jouissance, l'Etat doit recevoir des actions « dans une proportion égale à ses droits dans chaque catégorie de titres ». Il doit donc recevoir des actions de ces trois catégories.

Or, l'émission d'actions de priorité et d'actions ordinaires rompt l'équilibre entre ces différentes catégories d'actions : En effet, les statuts accordent en général aux actionnaires : « La somme nécessaire pour payer à titre de premier dividende, d'abord aux propriétaires d'actions de priorité, et subsidiairement aux propriétaires d'actions ordinaires, ... % des sommes dont leurs actions sont libérées et non amorties. Le solde est réparti entre les propriétaires d'actions sans distinction de catégorie. » (28).

(26) La loi du 4 mars 1943 (art. 7) déclare nulle toute clause statutaire qui donnerait par avance pouvoir au conseil d'administration de réaliser une augmentation de capital sans autorisation préalable de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires. Toutefois, cette nullité ne s'applique qu'aux « clauses statutaires ». Elle ne concerne pas les autorisations données par l'assemblée constitutive ou une assemblée générale extraordinaire, à condition que l'opération soit réalisée dans les cinq ans (art. 6).

(27) C'est le cas, par exemple, de la « Société des Mines d'Ouasta et Mesloula » (assemblée générale du 22 janvier 1945).

(28) JOLY, *op. cit.*, Formule de statuts, art. 49.

La répartition des bénéfices s'effectue donc dans l'ordre suivant : actions de priorité, actions ordinaires, actions de jouissance. Si l'on augmente le nombre des actions de priorité, on diminue les droits des actionnaires propriétaires d'actions ordinaires ou d'actions de jouissance. Ces derniers ne toucheront des bénéfices que dans la mesure où la répartition aux propriétaires d'actions de priorité d'abord, aux propriétaires d'actions ordinaires ensuite, ne les aura pas épuisés.

La création d'actions ordinaires n'affecte pas les droits des propriétaires d'actions de priorité, mais diminue ceux des propriétaires d'actions de jouissance qui ne touchent pas de premier dividende.

Ratification par assemblée spéciale inutile. — L'article 34 al. 4 du Code de commerce, exige qu'une assemblée spéciale des actionnaires dont les droits sont modifiés ratifie la décision de l'assemblée générale. L'article 34 du Code de commerce doit-il s'appliquer dans le cas qui nous occupe ? Nous ne le pensons pas.

Les pouvoirs accordés par l'ordonnance aux conseils d'administration sont larges. Ceux-ci semblent avoir les pouvoirs non seulement de l'assemblée générale extraordinaire, mais aussi des assemblées spéciales. Sinon, le législateur n'aurait pas dit, en termes généraux, que l'opération peut être réalisée « par les soins du conseil d'administration ». Les conseils d'administration peuvent donc créer des actions des différentes catégories sans que l'opération ait besoin d'être ratifiée par une assemblée spéciale (29).

173. Le remède. — La rupture d'égalité entre actionnaires peut être évitée par l'emploi du procédé suivant : la société rachète en Bourse autant d'actions de priorité qu'elle en attribue à l'Etat. Elle annule les actions rachetées et réduit son capital social. Il y a *réduction du capital social* par diminution du nombre d'actions de priorité (30).

Le nombre d'actions de priorité avant et après paiement de l'impôt est inchangé; par conséquent, la fraction de bénéfices qui leur revient par priorité pour un même bénéfice global avant et

(29) En ce sens : Molas, *op. cit.*, p. 39; A.N.S.A., *op. cit.*, p. 35.

(30) La réduction de capital par diminution du *taux* des actions de priorité poserait le problème des pouvoirs du conseil d'administration : l'opération devrait-elle être ratifiée par l'assemblée spéciale des propriétaires d'actions de priorité ? Il semble que non (voir n° 172).

après paiement de l'impôt est également inchangée : Si, par exemple, pour un bénéfice de 1 million de francs avant paiement de l'impôt, les propriétaires d'actions de priorité prélevaient 100.000 francs, le prélèvement effectué par eux après paiement de l'impôt sera encore de 100.000 francs.

Le remède présente un inconvénient pratique : il exige de la part de la société les disponibilités suffisantes pour racheter les actions.

174. Rupture d'égalité entre actionnaires et porteurs de parts. — Lorsqu'il existe des parts bénéficiaires ou des parts de fondateur, la création d'actions nouvelles entraîne une rupture d'équilibre au détriment des porteurs de parts bénéficiaires. En effet, les bénéfices se répartissent généralement de la façon suivante (31) :

« La somme nécessaire pour payer aux actionnaires à titre de premier dividende ... % des sommes dont leurs actions sont libérées et non amorties.

» Le solde ou super-dividende est réparti : ... % aux propriétaires de parts et ... % aux actionnaires. »

La création d'actions nouvelles augmente donc le nombre d'actions ayant droit au premier dividende et diminue le solde des bénéfices auquel les porteurs de parts ont seulement droit.

Soit une société dans laquelle existent :

— avant paiement de l'impôt : 3.800 actions et 1.900 parts bénéficiaires;

— après paiement de l'impôt : 4.000 actions et 2.000 parts bénéficiaires.

Supposons que le premier dividende soit de 50 francs et que le super-dividende se répartisse : 20 % aux propriétaires de parts bénéficiaires et 80 % aux actionnaires. Si la société réalise un bénéfice de 1 million dans un exercice antérieur, puis postérieur au paiement de l'impôt, quel est le montant du super-dividende touché par les porteurs de parts bénéficiaires dans les deux cas ?

1° Avant paiement de l'impôt. — Le montant du premier dividende est de 190.000 francs (50×3.800). Le solde est de 810.000 fr. (1.000.000 — 190.000). Les porteurs de parts bénéficiaires ont droit

(31) Pour simplifier, nous ne donnerons ici qu'un exemple schématique de la répartition des bénéfices, sans tenir compte des réserves ou de la rémunération du conseil d'administration.

Voir Joly, *op. cit.*, Formules de statuts, art. 49.

à 20 % du solde, soit 162.000 francs. Le super-dividende est de 85 francs (162.000 : 1.900).

2° Après paiement de l'impôt. — Le montant du premier dividende est de 200.000 francs (50 × 4.000). Le solde est de 800.000 fr. Les porteurs de parts bénéficiaires ont droit à 20 % du solde, soit 160.000 francs. Le super-dividende est de 80 francs (160.000 : 2.000).

Nous voyons donc qu'après paiement de l'impôt les droits des porteurs de parts bénéficiaires se trouvent doublement diminués :

a) à cause de la diminution du solde des bénéfices qui leur est attribué (160.000 fr. au lieu de 162.000 fr.);

b) et à cause de l'augmentation du nombre des parts bénéficiaires (2.000 parts au lieu de 1.900).

Etant donné la généralité des termes employés par l'article 46 § 4, le conseil d'administration semble avoir les pouvoirs suffisants pour procéder à l'augmentation de capital, sans faire ratifier sa décision par l'assemblée des porteurs de parts bénéficiaires. Mais il faut que l'opération soit justifiée par l'intérêt de la société (32).

175. Le remède. — Remarquons qu'il y a un moyen d'éviter la rupture d'égalité entre actionnaires et porteurs de parts bénéficiaires : il suffit de faire précéder l'augmentation de capital d'une réduction équivalente du capital social (33). Reprenons notre exemple en supposant que la réduction de capital s'opère par diminution du nombre d'actions.

Après comme avant le paiement de l'impôt, la société a 3.800 actions. Le premier dividende et par conséquent le solde des bénéfices restent inchangés. Les droits des porteurs de parts bénéficiaires ne sont diminués que du fait de l'augmentation du nombre des parts.

176. Formalités requises. — Les seules formalités requises par la loi sont en définitive :

a) Une décision prise par le conseil d'administration.

b) La constatation par le conseil d'administration au moyen d'une délibération régulière de la réalisation de l'augmentation de capital.

(32) En ce sens, A.N.S.A., *op. cit.*, p. 35.
(33) Sur le *montant* de l'augmentation et de la réduction de capital, voir n° 180.

Cette constatation doit être faite avant la remise des titres à l'Administration de l'Enregistrement.

c) L'insertion de la délibération du conseil dans un journal d'annonces légales. Cette insertion doit être faite dans le mois qui suit la délibération ou la décision.

II. — *REGIME FISCAL DE FAVEUR*

177. Dispense des droits d'enregistrement. — L'incorporation des réserves au capital social donne lieu, nous l'avons vu, à la perception du droit d'apport (1 %) et de la taxe additionnelle (15 %).

L'article 46 § 4 al. 2 de l'ordonnance dispense les opérations d'augmentation et de réduction de capital du paiement de tous *droits* d'enregistrement.

La *formalité* de l'enregistrement doit cependant être remplie. La dispense concerne le paiement des droits d'enregistrement, mais non l'accomplissement de la formalité.

Lorsque l'augmentation de capital n'est pas « exclusivement » réservée à l'Etat et aux sociétés participantes, mais est réalisée en partie au profit des actionnaires, le droit d'apport et la taxe additionnelle sont perçus sur la fraction de l'opération qui concerne les actionnaires (34).

178. Assujettissement au droit de timbre. — Les actions émises par la société sont assujetties au droit de timbre. En effet, elles sont immédiatement négociables et confèrent à l'Etat les mêmes droits que les titres identiques créés antérieurement.

Par ailleurs, si elles sont déposées à la Caisse centrale de dépôts et de virements de titres, elles perdent leur individualité. Elles doivent donc payer, lors de leur émission, le droit de timbre (35).

§ 2. — *Difficultés d'application.*

179. Hypothèses retenues. — Nous supposerons ici pour simplifier qu'il n'y a pas de société participante. Leur situation sera examinée dans le paragraphe suivant (n°s 191 et suiv.).

Pour se libérer de l'impôt, la société peut procéder à une aug-

(34) En ce sens, MOLAS, *op. cit.*, p. 40.

(35) Lettre de la Direction générale de l'Enregistrement à l'A.N.S.A. en date du 15 janvier 1946 (A.N.S.A., *op. cit.*, p. 187).

mentation de capital. Elle peut également la combiner avec un paiement en espèces. Nous allons examiner les difficultés soulevées par l'augmentation de capital dans chacune de ces deux hypothèses (36).

I. — *AUGMENTATION DE CAPITAL*

179 *bis.* Division. — La première question à résoudre est celle du taux de l'impôt. Nous saurons ainsi de combien il faut augmenter le capital social. Nous rechercherons ensuite quelles sont les réserves qui doivent être incorporées. Ces problèmes préliminaires résolus, nous verrons les difficultés que soulève la présence dans la société de plusieurs catégories d'actions. Nous étudierons enfin comment l'Etat jouit des actions qui lui sont remises.

A. Taux de l'impôt.

B. Réserves à incorporer.

C. Existence de plusieurs catégories d'actions.

D. Jouissance des actions remises à l'Etat.

A. — TAUX DE L'IMPOT

180. Prélèvement de 1/20 du fonds social. — L'article 43 al. 1er stipule que les sociétés assujetties à l'impôt de solidarité sont soumises à « un prélèvement exceptionnel du vingtième du fonds social à la date du 4 juin 1945 » (37).

(36) L'augmentation de capital peut être précédée d'une réduction de capital. Des difficultés particulières concernent alors la *réduction* de capital.

Elles ont lieu :

— soit lorsqu'il existe des actions à nominal de 100 francs;

— soit lorsqu'il existe des actions partiellement et des actions intégralement libérées.

1° *Actions à nominal de 100 francs.* — La réduction du nominal des actions émises à 100 francs serait contraire aux dispositions de l'article 1er du décret-loi du 31 août 1937.

La société doit alors :

— soit procéder à une réduction du capital par diminution du nombre d'actions;

— soit employer un des autres modes de libération prévus par l'ordonnance (paiement espèces, paiement titres après rachat de titres en Bourse).

En ce sens : Hamel, *Journ. soc.*, 1945, p. 225; Molas, *op. cit.*, n° 47, p. 28; A.N.S.A., *op. cit.*, p. 38.

Contra : Joly, *op. cit.*, n°. 9.

2° *Actions partiellement libérées.* — La réduction de capital doit porter sur la portion libérée des actions et non sur le montant nominal des actions. La réduction de capital ainsi appliquée évite une rupture d'égalité entre actionnaires (A.N.S.A., *op. cit.*, p. 40). Contrairement à cette solution, l'Administration considère que la réduction de capital doit être réalisée sur le montant nominal des actions (A.N.S.A., *op. cit.*, p. 193-194).

(37) Rappelons qu'il faut déduire du fonds social « les participations détenues à la date du 4 juin 1945 sous forme d'actions nominatives, de parts bénéficiaires nominatives, ou de parts de fondateur nominatives par d'autres sociétés elles-mêmes soumises à l'impôt » (art. 43 al. 2).

Il résulte de l'article 45 al. 1er que, lorsque la société se libère intégralement par remise d'actions, l'Etat doit posséder des actions représentant le 1/20 du fonds social *après le paiement de l'impôt*. La participation de l'Etat doit donc être calculée sur le capital augmenté et non sur le capital ancien, comme c'est le cas en Belgique. Ce mode de calcul entraîne des difficultés dans la détermination du nombre d'actions à remettre. En effet, une action nouvelle remise à l'Etat doit correspondre à 20 actions anciennes et nouvelles. Il faut donc créer une action nouvelle pour 19 actions anciennes et l'augmentation de capital doit être égale au 1/19 du fonds social.

Ce résultat est démontré par la formule mathématique suivante (38) : soit x la représentation des actions nouvelles attribuées à l'Etat et y la représentation des actions anciennes. Le total de ces deux postes : $x + y$, représente le fonds social après l'augmentation de capital affectée au paiement de l'impôt.

La part de l'Etat (x) doit être le 1/20 du fonds social après paiement de l'impôt, c'est-à-dire le 1/20 de $y + x$.

On a la relation :

$$x = \frac{y + x}{20}, \text{ soit } 20x - x = y, \text{ soit } x = \frac{y}{19}.$$

Ce système a l'inconvénient de créer des fractions d'actions. Souvent, la division du nombre des actions par 19 ne donne pas un chiffre rond. S'il y a 10.000 actions, par exemple, il faut créer 526.315 actions (10.000 : 19). Or, l'article 45 al. 3 interdit l'attribution de fractions d'actions; on remet donc 526 actions à l'Etat et on paie en espèces, en prenant pour base le cours du 4 juin 1945, 315/1.000 de la valeur d'une action.

L'augmentation directe du capital social est donc assez rare. Elle est accompagnée le plus souvent d'une soulte en espèces. Mais le paiement en espèces n'intervient alors que de façon *incidente*. Nous examinerons ultérieurement le cas où il est combiné de façon principale avec l'augmenttation de capital (voir n° 189 et suiv.).

B. — RESERVES A INCORPORER

181. Incidence de l'impôt. — Lorsque le paiement de l'impôt a lieu par remise de titres à la suite d'une augmentation de capital, l'impôt est supporté principalement par les actionnaires et

(38) Voir brochure éditée par *Les Nouvelles économiques*, sous le titre : *L'impôt de solidarité nationale*, p. 34.

les porteurs de parts bénéficiaires. Le nombre d'actions et le nombre de parts bénéficiaires augmente. Par conséquent, les bénéfices attribués à chaque action ou à chaque part bénéficiaire diminuent.

Les autres ayants droit aux bénéfices (personnel, administrateurs) se trouvent indirectement atteints par l'impôt. Les bénéfices se répartissent en effet dans l'ordre suivant :

a) 5 % à la réserve légale;

b) Somme nécessaire pour payer aux actionnaires ... % des sommes dont leurs actions sont libérées et non amorties;

c) Sur le surplus, il est prélevé ... % au profit du conseil d'administration et ... % au profit du personnel;

d) Le solde est réparti entre actionnaires et propriétaires de parts bénéficiaires.

Le premier dividende est payé aux actionnaires avant que le personnel ou les administrateurs prélèvent leur part sur les bénéfices. Dans la mesure où les actions remises à l'Etat ont droit au premier dividende, la somme versée par la société à ce titre augmente. Par conséquent, le solde de bénéfices sur lequel est calculée la part revenant au personnel et aux administrateurs diminue [39].

Nous avons vu précédemment (voir n° 172) que la création d'actions nouvelles entraîne une rupture d'égalité entre actionnaires lorsqu'il existe plusieurs catégories d'actions.

Lorsqu'il existe des parts bénéficiaires, une rupture d'égalité a lieu également entre actionnaires et porteurs de parts bénéficiaires (voir n° 154).

182. Incorporation des réserves propres aux actionnaires. — Lorsque la société procède à une augmentation de capital, peut-elle incorporer n'importe quelles réserves ? Il semble qu'on ne puisse utiliser que les réserves propres aux actionnaires. Si on incorporait les réserves communes aux actionnaires et aux porteurs de parts bénéficiaires, il y aurait superposition d'impôts au

(39) Au cas de paiement espèces, l'impôt peut être supporté soit par tous les ayants droit aux bénéfices (inscription à frais généraux et imputation sur les comptes de l'exercice), soit seulement par les actionnaires et les porteurs de parts bénéficiaires (inscription au débit d'un compte « Actionnaires » et d'un compte « Porteurs de parts bénéficiaires »). Voir lettre du ministre de l'Economie nationale à l'A.N.S.A. en date du 27 février 1946 (A.N.S.A., *op. cit.*, p. 219-220).

détriment de ces derniers. Les porteurs de parts bénéficiaires se trouveraient en effet doublement imposés par suite :

a) de l'émission de nouvelles parts remises à l'Etat;

b) de la diminution du montant des réserves auxquelles ils ont droit (40).

C. — EXISTENCE DE PLUSIEURS CATEGORIES D'ACTIONS

183. Attribution d'actions des différentes catégories. — Lorsqu'il existe dans la société plusieurs catégories d'actions (actions de priorité, actions à nominal différent, actions partiellement libérées, actions de jouissance), il faut remettre à l'Etat des actions de chacune de ces catégories : l'article 44 al. 2 stipule en effet que l'attribution d'actions doit avoir lieu dans une proportion égale pour chaque catégorie de titres aux droits de l'Etat.

Mais peut-on créer par incorporation de réserves des actions partiellement libérées ou des actions de jouissance ?

184. Actions partiellement libérées. — Lorsque la société possède des actions partiellement libérées, l'Etat doit recevoir, en vertu du principe posé par l'article 44 al. 2 la part qui lui revient dans cette catégorie d'actions. Il sera tenu d'effectuer ultérieurement les versements complémentaires lorsque la société les réclamera (41).

LIBÉRATION DU CAPITAL ANCIEN. — L'article 4 de la loi du 4 mars 1943 stipule « qu'aucune augmentation de capital en numéraire ne peut, à peine de nullité, être réalisée si le capital ancien n'est pas au préalable intégralement libéré ». Cette disposition est-elle applicable au cas qui nous occupe ? Faut-il libérer intégralement le capital ancien avant de procéder à l'augmentation de capital destinée à payer l'impôt de solidarité ?

L'article 4 de la loi du 4 mars 1943 ne s'applique qu'aux augmentations de capital en numéraire. Toutefois, l'auteur de l'étude publiée par l'A.N.S.A. fait les remarques suivantes : l'Etat répondra ultérieurement aux appels de fonds. Il doit donc être considéré « comme un véritable souscripteur, sinon par manifestation de volonté, du moins par l'effet de la loi ». Et cet auteur conclut que « l'augmentation du capital est réalisée, au moins partiellement, par souscription » (42).

(40) Voir A.N.S.A., *op. cit.*, p. 31.
(41) HAMEL, *Journ. soc.*, 1945, p. 255; A.N. S. A., *op. cit.*, p. 34.
(42) A.N.S.A., *op. cit.*, p. 34.

Libération du capital nouveau. — Il paraît donc prudent d'appeler les capitaux non versés avant de réaliser l'augmentation de capital. L'Etat ne recevra cependant que des actions partiellement libérées, puisqu'au 4 juin 1945 les actions n'étaient que partiellement libérées.

La conversion de réserves en actions aboutit, dans ce cas, à créer des actions partiellement libérées. Nous avons déjà fait remarquer (voir n° 118) qu'il y a là une exception à la règle, selon laquelle, en cas d'augmentation de capital sans appel d'argent frais, le capital nouveau doit être intégralement libéré.

185. Actions de jouissance. — Lorsqu'il existe des actions de jouissance, une augmentation de capital est-elle possible ?

Certains auteurs ne le pensent pas (43). Ces auteurs se réfèrent implicitement au cas suivant : une société ayant subi des pertes égales à son capital supprime le capital d'origine et remet des actions de jouissance aux actionnaires sous la condition suspensive d'une augmentation de capital. L'opération admise pendant un temps (44) est aujourd'hui considérée comme illicite par la doctrine (45) et par la jurisprudence depuis un arrêt de la Cour de Colmar du 24 mars 1939 (46).

En effet, les actions de jouissance comme les actions de capital ont un droit de vote proportionnel à la quotité du capital social qu'elles représentent (art. 1er de la loi du 13 novembre 1933).

En cas de suppression du capital d'origine à la suite de pertes égales au capital, il n'est pas possible de remettre des actions de jouissance aux actionnaires qui supportent la réduction. Les titres remis ne représentent pas une quotité du capital social. Ils n'ont donc pas le droit de vote dans les assemblées d'actionnaires : ce ne sont pas des actions, ce sont des parts bénéficiaires.

Création directe impossible. — Dans le cas de l'impôt de solidarité, on ne peut créer directement des actions de jouissance. Les actions remises à l'Etat sont des actions de capital, puisqu'elles ne sont pas amorties.

Il n'est évidemment pas possible de donner à des actions de jouissance les mêmes droits qu'aux actions de capital, qui, elles, ne sont pas amorties. Mais rien n'empêche de créer des actions qui, bien que non amorties, n'aient pas plus de droits que les

(43) Gravas, *op. cit.*, p. 254; Hamel, *op. cit.*, p. 254.
(44) Percerou et Drouets, *Journ. soc.*, 1924, p. 140; Valéry, *Journ. soc.*, 1924, p. 232.
(45) Houpin et Bosvieux, *Supplément* à la 7e éd., p. 143 (ces auteurs avaient soutenu l'opinion inverse dans la 7e éd., n° 943).
(46) Colmar, 24 mars 1939, *Journ. soc.*, 1939, p. 539.

actions de jouissance. De telles actions représentent en effet une quotité du capital social. Il est donc possible, croyons-nous, de créer des actions de capital, dont on soustrait certains droits de façon à les rendre identiques aux actions de jouissance. Ces actions ne participeront qu'à la distribution du super-dividende et du boni de liquidation (47). Bien qu'elles soient des actions de capital, ces actions font partie de la « catégorie » des actions de jouissance. Elles ont, en effet, des droits identiques et comportent pour leurs titulaires des obligations semblables (48) à celles des actions de jouissance. Elles peuvent notamment prendre part aux votes émis par l'assemblée des propriétaires d'actions de jouissance.

Formalités de la création indirecte. — Contrairement à l'avis de M. Michel, un contrat passé entre la société et l'administration, constatant la renonciation par celle-ci au droit au premier dividende et à la restitution du montant nominal de l'action lors de la dissolution de la société, ne nous paraît pas nécessaire. Il est attribué des actions « dans une proportion égale pour chaque catégorie de titres aux droits de l'Etat » (art. 44 al. 2). Celui-ci ne saurait donc réclamer plus de droits que ceux afférents à chaque catégorie de titres.

Il sera par contre prudent, ainsi que le recommande l'A.N.S.A., de porter ces actions au bilan sous une rubrique spéciale. Les tiers seront ainsi avertis que ces actions, bien que n'ayant pas plus de droits que les actions de jouissance, n'ont pas été amorties. Ils ne croiront pas ainsi à une fausse prospérité de la société.

D. — JOUISSANCE DES ACTIONS REMISES A L'ETAT

186. Droits attachés aux actions. — L'Etat possède les droits attachés par la loi ou les statuts aux différentes catégories d'actions qui lui sont remises.

De plus, les actions, qui ont toujours la forme nominative, sont immédiatement négociables (art. 46 § 1er). Il y a donc dérogation au droit commun en ce qui concerne les actions représentatives d'un apport en nature réalisé depuis moins de deux ans.

187. Date d'entrée en jouissance. — L'article 46 § 3 de l'ordonnance stipulait que les actions remises à l'Etat portaient jouis-

(47) En ce sens : A. N. S. A., *op. cit.*, p. 32 et 33; Michel, *Gaz. Pal.*, 19 décembre 1945; Molas, *op. cit.*, p. 26, n° 45; Lettre de la Direction de la Coordination économique à l'A. N. S. A., en date du 12 décembre 1945 (A. N. S. A., *op. cit.*, p. 173).

(48) Cordonnier, *L'égalité entre actionnaires avant et depuis la loi du 22 novembre 1913* (*Journ. soc.*, 1924, p. 441).

sance à compter, au plus tard, du 18 février 1946. L'ordonnance se contentait donc de prévoir une date limite d'entrée en jouissance.

En cas de répartitions « de toute nature » qui n'avaient pas été prélevées sur l'exercice courant, l'alinéa 2 de l'article 46, § 3, prévoyait qu'il faudrait attribuer à l'Etat l'équivalent des sommes ou valeurs distribuées pour une fraction correspondant à ses droits sociaux.

Jouissance rétroactive (4 juin 1945). — L'article 76 de la loi des finances du 31 décembre 1945 a modifié l'article 46 § 3 de l'ordonnance. Les actions attribuées à l'Etat lui donnent droit, dans les mêmes conditions que les actions existant au 4 juin 1945, « à l'intégralité des produits de toute nature distribués ou répartis, ainsi qu'aux remboursements, amortissements et échanges effectués à compter du 4 juin 1945 ». La jouissance des actions remonte rétroactivement au 4 juin 1945. L'Etat peut donc prendre part aux augmentations de capital par incorporation de réserves réalisées depuis le 4 juin 1945 (voir n° 138).

Il n'y a plus à distinguer, comme le faisait l'ancien article 46 § 3, selon que les distributions sont prélevées ou non sur l'exercice courant. L'Etat a droit même aux produits prélevés sur l'exercice courant. Il a donc droit aux dividendes distribués depuis le 4 juin 1945 (49).

Dividendes en réserve (Loi du 28 février 1941). — L'Etat peut-il demander à participer à une distribution de dividendes mis en réserve en vertu de la loi du 28 février 1941, portant limitation des dividendes et tantièmes, lorsque ces dividendes sont matérialisés par un titre distinct ? Il faut, semble-t-il, répondre par l'affirmative, étant donné la généralité des termes employés par l'ordonnance. (Les actions remises à l'Etat lui donnent droit, « dans les mêmes conditions que les actions existant au 4 juin 1945, ... à l'intégralité des produits de toute nature... ».)

L'A. N. S. A. (50) fait remarquer qu'il y a là une injstice : Ces bénéfices doivent être mentionnés dans la déclaration des actionnaires (51). Ils sont donc imposés deux fois.

(49) En ce sens : Joly, *op. cit.*, *Impôt de solidarité*, n° 15, 5°; Molas, *op. cit.*, Appendice n° 2, p. 155.

(50) A.N.S.A., *op. cit.*, p. 46.

(51) Lettre de la Direction générale de l'Enregistrement à l'A.N.S.A. en date du 2 novembre 1945 (A.N.S.A., *op. cit.*, p. 183). Cette solution est critiquée par l'A.N.S.A. : ces bénéfices n'ont été mis en distribution que postérieurement à l'ordonnance du 15 août 1945. Le 4 juin 1945, ils se trouvaient donc encore dans le fonds social (Voir A.N.S.A., *op. cit.*, p. 99 et 100).

188. Décision de distribution. — La loi parle de « distribution ». Il faut prendre le mot dans son sens *juridique* et non dans son sens matériel. Ce qui importe, ce n'est pas la date de mise en paiement, mais la date où l'assemblée générale des actionnaires a pris la décision de distribuer des dividendes. Si cette date est antérieure au 4 juin 1945, l'Etat ne participe pas à la distribution, même si le paiement n'est effectué qu'après le 4 juin.

DISTRIBUTION POSTÉRIEURE AU 4 JUIN 1945. — Les sociétés doivent donc faire participer l'Etat aux distributions de dividendes décidées depuis le 4 juin 1945. Lorsque la distribution n'a pas été faite, il faut réviser les calculs en tenant compte des droits de l'Etat.

Mais lorsque la distribution a eu lieu, et qu'il ne reste pas d'actif net distribuable, le paiement des dividendes à l'Etat doit être reporté lors du premier règlement d'exercice bénéficiaire : sinon il y aurait distribution de dividendes fictifs interdite par la loi du 24 juillet 1867. L'Etat, en effet, n'agit pas en vertu de son pouvoir d'imposer, mais en tant qu'actionnaire avec effet rétroactif dans ses droits (52).

COMPLICATION DE LA RÉVISION DES CALCULS. — M. Hamel (53) ne reconnaît pas à l'Etat le droit au dividende parce que le nouvel article 46 § 3 n'indique pas explicitement la date de jouissance des titres remis, et surtout parce que cette solution entraîne des complications, comme nous venons de le dire.

Il ne nous paraît cependant pas possible de repousser pour des raisons de commodité une interprétation juridique; sinon ne faudrait-il pas repousser la plupart des règles relatives à l'impôt de solidarité ?

Par ailleurs, le nouvel article 46 § 3 ne dit pas explicitement que la date de jouissance des actions remises à l'Etat est le 4 juin 1945. On ne peut cependant pas parler de « silence de la loi », puisque les actions donnent droit à « l'intégralité des produits de toute nature distribués à compter du 4 juin 1945 ».

II. — *COMBINAISON DE L'AUGMENTATION DE CAPITAL ET DU PAIEMENT EN ESPECES*

189. Distinction de la combinaison principale et de la combinaison accessoire. — Nous n'examinerons pas ici le cas où la société

(52) Lettre de la Direction générale de l'Enregistrement à l'A.N.S.A. en date du 21 février 1946 (A.N.S.A., *op. cit.*, p. 218). — A.N.S.A., *op. cit.*, p. 47.
(53) HAMEL, *Journ. soc.*, 1945, p. 257.

se libère essentiellement en actions et verse une soulte en espèces uniquement pour éviter d'attribuer à l'Etat une fraction d'actions : Il y a alors *combinaison accessoire* des deux modalités de paiement. Le paiement en espèces n'est employé qu'à titre complémentaire du paiement par création d'actions.

Nous voulons envisager seulement le cas de *combinaison principale* des deux modes de paiement, c'est-à-dire le cas où la société entend régler une partie de son impôt par un paiement en espèces et une partie par création d'actions. (Par exemple 1/3 en espèces et 2/3 par création d'actions; ou bien 1/2 en espèces et 1/2 par création d'actions.)

190. Pluralité de catégories d'actions. — Un problème intéressant se pose lorsque coexistent dans la société plusieurs catégories d'actions (actions de priorité, actions de jouissance, actions partiellement libérées, etc.). Nous avons vu que, lorsque le paiement de l'impôt a lieu par augmentation de capital et remise d'actions à l'Etat, celui-ci doit recevoir des actions de toutes les catégories.

Imputation du paiement-espèces sur une catégorie. — Lorsque le paiement a lieu par remise d'actions et versement en espèces, la société est-elle obligée de remettre à l'Etat des actions de chaque catégorie et dans la même proportion pour chacune d'elles ? Ne peut-elle pas se libérer par une attribution d'actions pour certaines catégories et par un versement en espèces portant sur les autres catégories ?

Supposons que l'Etat, si la société se libérait intégralement par remise de titres, reçoive 1.000 actions ordinaires, 1.000 actions partiellement libérées et 500 actions de priorité.

La société veut se libérer moitié par remise de titres et moitié par versement en espèces. Doit-elle attribuer à l'Etat 500 actions ordinaires, 500 actions partiellement libérées et 250 actions de priorité ? Ne peut-elle pas remettre 1.000 actions ordinaires et 1.000 actions partiellement libérées et imputer le versement en espèces uniquement sur les actions de priorité ?

L'Administration (54), sans en donner les motifs, repousse cette solution.

Nous pensons au contraire, avec la majorité de la doctrine (55),

(54) Instr. 4687, n° 218. — Lettre du Ministère de l'Economie nationale à l'A.N.S.A. en date du 27 février 1946 (A.N.S.A., *op. cit.*, p. 219 et 220). Dans le même sens, A. N. S. A., *op. cit.*, p. 64-65.

(55) Hamel, *Journ. soc.*, 1945, p. 267; Molas, *op. cit.*, n° 94, p. 51.

que la société peut se libérer par remise d'actions d'une catégorie et versement en espèces représentant la valeur des actions des autres catégories. Elle peut donc combiner à son gré le paiement en actions et le paiement en espèces *entre* et *à l'intérieur* des catégories d'actions.

Ne peut-on pas faire l'objection suivante : l'article 44 al. 2 dispose que l'attribution d'actions doit avoir lieu, « dans une proportion égale pour chaque catégorie de titres, aux droits de l'Etat ». Mais l'article 44 al. 2 vise seulement le cas où la société se libère de l'impôt en remettant des titres à l'Etat. Il ne s'applique pas quand il y a combinaison du paiement en espèces et du paiement par remise de titres. On doit se référer alors à l'article 44 al. 4. Cet article stipule que « les sociétés peuvent combiner à leur gré ces modes de paiement ».

Rupture d'équilibre entre actionnaires. — Cette combinaison de paiement entraîne une rupture d'équilibre entre les catégories d'actions. Les droits qui leur sont attachés, notamment le droit de vote et le droit au dividende, sont modifiés, puisque le nombre de titres augmente dans certaines catégories et reste inchangé dans les autres.

Nous ne croyons cependant pas qu'une assemblée spéciale des actionnaires dont les droits sont modifiés soit nécessaire pour ratifier la décision du conseil d'administration (art. 34 al. 4 du Code de commerce). Les pouvoirs conférés au conseil d'administration par l'article 46 § 4 paraissent contenir implicitement ceux des assemblées spéciales. Il faut toutefois que la combinaison de paiement choisie soit justifiée par l'intérêt de la société et non par l'intention de favoriser une catégorie d'actions au détriment des autres (56).

§ 3. — *Situation des sociétés participantes.*

191. Dualité du préjudice. — Nous avons supposé jusqu'à présent que la société soumise à l'impôt n'avait pas comme actionnaire une autre société elle-même soumise à l'impôt. Lorsque cette situation se présente, le législateur a pris des mesures pour éviter la double imposition de la société participante et la diminution de sa participation du fait de l'attribution d'actions à l'Etat.

(56) Dans le même sens, Hamel, *Journ. soc.*, 1945, p. 268.

1° Double imposition. — Une société B a une participation dans une société A. La participation de la société B se trouve donc comprise dans le fonds social de la société A. Pour éviter que cette participation ne soit doublement imposée, du chef de la société A et de celui de la société B, il faut la déduire du fonds social de la société A. C'est ce que décide l'article 43 al. 2 de l'ordonnance. Mais il faut, pour que la participation soit prise en considération :

a) que la participation soit détenue sous la forme de titres nominatifs (37);

b) que la société participante soit propriétaire de ces titres au 4 juin 1945;

c) que la société participante soit elle-même soumise à l'impôt.

Soit, par exemple, une société A dont le capital au 4 juin 1945 est divisé en 20.000 actions nominatives et 10.000 actions au porteur au nominal de 1.000 francs cotées 1.200 francs. La valeur du fonds social est donc de 30.000 × 1.200 = 36.000.000 de francs.

Différentes sociétés participantes détiennent 5.000 actions nominatives et 2.000 actions au porteur. On ne peut cependant déduire de la valeur du fonds social que la participation représentée par les titres nominatifs, soit 5.000 × 1.200 = 6.000.000 de francs.

Au contraire, la participation représentée par les titres au porteur, soit 2.000 × 1.200 = 2.400.000 francs, n'est pas déduite de la valeur du fonds social. Le législateur évite la double imposition dans le cas de participation détenue sous la forme de titres nominatifs. Il la laisse subsister dans le cas de participation détenue sous la forme de titres au porteur.

En définitive, l'augmentation de capital réalisée par la société A pour se libérer de l'impôt de solidarité doit être de : $\frac{30.000.000 - 6.000.000}{19}$ = 1.578.000 francs (plus une soulte en espèces de 947 fr. 36).

2° Participation diminuée. — La première mesure que nous venons de voir ne suffit pas pour éviter entièrement le préjudice

(37) Les titres au porteur, même déposés à la C.C.D.V.T., ne sont pas assimilés à des titres nominatifs (Instr. 4687, n° 186).

Les participations importantes (30 % ou 50 %) sont pratiquement presque toujours représentées par des titres nominatifs. Les distributions de dividendes faites par la société participante bénéficient ainsi de l'exonération d'impôt sur le revenu des valeurs mobilières dans la mesure du montant net des produits des actions de la société mère touchés par elle au cours de l'exercice (art. 153 du Code des valeurs mobilières).

causé à la société participante. En effet, le prélèvement auquel est soumise la première société diminue la valeur de son fonds social; donc la valeur de toutes ses actions.

— Lorsque les actions se trouvent dans le patrimoine d'une personne physique soumise à l'impôt, l'article 29 autorise le contribuable à déduire du montant de l'impôt à payer « une somme égale à 5 % de l'évaluation des actions ».

— Lorsque les actions se trouvent dans le patrimoine d'une société participante, l'ordonnance lui attribue des avantages à titre de compensation, soit sous forme de titres (art. 45 al. 2), soit en espèces (art. 47 al. 1er).

192. Réparation du préjudice. — Comment la société imposée répare-t-elle, au moyen d'une attribution d'actions, le préjudice subi par la société participante ? En raison de la complexité de la question, un exemple chiffré est nécessaire : soit une société A, au capital de 10 millions de francs, divisé en 10.000 actions au nominal de 1.000 francs, valant 2.000 francs chacune.

Une société participante B, elle-même soumise à l'impôt, détient, au 4 juin 1945, 3.000 actions nominatives de la société A. Sa participation est de 30 %.

Le paiement en titres de l'impôt de solidarité par la société A pose deux questions relatives aux actions à créer (58) et aux soultes à payer.

Actions a créer. — Le fonds social imposé est, dans notre exemple, de 14 millions de francs. En effet :

— Valeur boursière des actions de la société A (10.000 actions d'une valeur boursière de 2.000 francs chacune).....	F.	20.000.000
— A déduire la valeur boursière des actions de la société participante B (3.000 actions à 2.000 francs).....	F	6.000.000
Reste.....	F.	14.000.000

Le fonds social imposable de la société A est représenté par 7.000 actions.

L'Etat recevra $\frac{7.000}{19}$ = 368 actions.

Le capital social passe donc de 10 millions de francs à 10.368.000 francs.

La société B voit ainsi le pourcentage de sa participation (30 %)

(58) Rappelons que les coupures d'actions ne peuvent être que d'un chiffre arrondi supérieur à 100 francs.

diminuer. Pour la maintenir, il faut lui attribuer des actions supplémentaires.

Les 70 % des actions étant représentés par le chiffre 7.368, les 30 % de la société participante sont représentés par le chiffre $\frac{7.368 \times 30}{70} = 3.157$. La société A doit donc créer 157 actions (3.157 — 3.000) au profit de la société B.

On aura ainsi 525 actions nouvelles (368 pour l'Etat + 157 pour la société participante).

Après son augmentation de capital, la société A aura donc 10.525 actions et un capital nominal de 10.525.000 francs.

Soultes a payer. — L'Etat a droit à 1/20 du fonds social imposable (14 millions), soit 700.000 francs. Or, chacune des 10.525 actions ne représente plus que 20.000.000 : 10.523 = 1.900 fr. 23, et l'Etat ne reçoit que $1.900{,}23 \times 368 = 699.284$ fr. 64. Il faut donc verser une soulte de 715 fr. 36.

De son côté, la société participante B a une participation de 6 millions dans la société A; mais ses 3.157 actions ne représentent plus qu'une valeur de 5.999.026 fr. 11. Elle touchera donc une soulte de 973 fr. 89.

193. Maintien des droits de l'Etat. — Cette attribution d'avantages n'est pas faite uniquement dans l'intérêt de la société participante : Elle est favorable également à l'Etat. Celui-ci retrouve, dans la société participante, une assiette d'imposition maintenue. Il conserve ainsi ses droits, qui, sans cette mesure, seraient diminués :

Soit une société A, dont le capital est divisé en 30.000 actions cotées 1.200 francs au 4 juin 1945.

Une société participante B possède 5.000 actions nominatives.

Supposons que la société A se libère de l'impôt en créant des actions nouvelles. Elle doit remettre à l'Etat 1.315 actions $\frac{(30.000 - 5.000)}{19}$.

Avant l'opération, l'action valait 1.200 francs et le fonds social était de 36.000.000 de francs (30.000 × 1.200).

Après l'opération, l'action ne vaut plus que : $\frac{36.000.000}{30.000 + 1.315}$

soit 1.149 francs.

Avant l'opération, la participation de la société B représentait une valeur de 5.000 × 1.200 = 6.000.000 de francs.

Après l'opération, elle ne représente plus qu'une valeur de 5.000 × 1.149 = 5.745.000 francs.

La société B ne sera donc imposée que sur 5.745.000 francs, au lieu de l'être sur 6.000.000 de francs. C'est pour éviter cette diminution de l'imposition de la société B que celle-ci reçoit obligatoirement des avantages de la part de la socité A.

Trois questions se posent à propos des sociétés participantes :

1° Comment payer les sociétés participantes ?

2° Quel est le montant du paiement ?

3° Quelle est la situation d'une société, actionnaire empêché ou souscripteur provisoire, lors du dénouement d'une souscription provisoire ? Est-elle une société participante ?

I. — *MODES DE PAIEMENT*

194. Identité des modes de paiement envers l'État et les sociétés participantes. — L'article 45 al. 2 prévoit que, lorsque la société imposée se libère *intégralement* par remise de titres à l'Etat, des actions doivent être attribuées aux sociétés participantes.

De son côté, l'art. 47 al. 1er stipule que, lorsque la société imposée effectue un paiement *total* ou *partiel* en espèces, le montant des sommes à verser aux sociétés participantes est égal à la valeur des actions qui leur auraient été attribuées si le règlement avait été effectué en titres.

L'ordonnance prévoit donc les mêmes modes de dédommagement au profit des sociétés participantes que les modes de paiement de l'impôt à l'État : paiement titres, paiement espèces ou paiement combiné.

195. Indépendance de ces modes de paiement. — Une question se pose : la société peut-elle se libérer différemment vis-à-vis de la société participante ? Peut-elle payer son impôt en espèces et attribuer des actions à la société participante ? La question est discutée.

Sa critique. — L'A. N. S. A. (59) répond par la négative. Elle s'appuie sur le parallélisme que semble établir l'ordonnance entre le mode de paiement de l'impôt à l'Etat et le mode de dédommagement envers la société participante :

(59) A. N. S. A., *op. cit.*, p. 75 et 76.

— Lorsqu'il y a paiement intégral de l'impôt par attribution d'actions à l'Etat, la société participante reçoit elle aussi des actions (art. 45 al. 2).

— Lorsqu'il y a paiement total ou partiel de l'impôt en espèces, la société participante reçoit elle aussi des espèces (art. 47 al. 1er) (60).

L'A. N. S. A. remarque également que l'attribution d'actions aux seules sociétés participantes romprait l'égalité entre actionnaires.

Sa possibilité. — Ces arguments ne nous paraissent pas convaincants. L'article 46 § 4 parle « d'augmentation de capital... avec attribution à l'Etat, *ou* aux sociétés participantes, d'actions... ». C'est donc que l'attribution d'actions à l'Etat n'est pas forcément accompagnée d'une attribution d'actions à la société participante et *vice versa*. Sinon, le législateur aurait employé le mot « et » et non le mot « ou ».

Du reste, les articles 45 al. 2 et 47 al. 1er peuvent recevoir une autre interprétation que celle de l'A. N. S. A. L'ordonnance emploie les deux fois l'expression « s'il y a lieu ». Cette expression peut avoir une double interprétation :

a) Les sociétés participantes reçoivent des actions ou des espèces « s'il y a lieu », c'est-à-dire si elles remplissent les conditions exigées par l'article 43 al. 2 de l'ordonnance. C'est l'interprétation de l'A. N. S. A. Mais alors, pourquoi l'article 45 al. 2 ajoute-t-il que cette attribution d'actions est faite aux sociétés participantes « visées au deuxième alinéa de l'article 43 » ? Les deux expressions ne font-elles pas double emploi ?

b) La seconde interprétation est la suivante : les sociétés participantes reçoivent des actions « s'il y a lieu », c'est-à-dire si l'attribution d'actions aux sociétés participantes est le mode de libération choisi par la société imposée. Le double emploi que nous signalons disparaît ainsi.

La rupture d'équilibre entre actionnaires ne saurait empêcher l'opération d'être réalisée, si, du moins, elle est justifiée par l'intérêt de la société. Le conseil d'administration n'a pas besoin de faire ratifier sa décision par les assemblées d'actionnaires dont les droits se trouvent modifiés du fait de cette rupture d'équilibre.

(60) Art. 45 al. 2 : « Dans le même cas, des actions et parts sont attribuées, s'il y a lieu, aux sociétés participantes visées au deuxième alinéa de l'article 43... »
Art. 47 al. 1er : « En cas de paiement total ou partiel en espèces ou en valeurs émises par l'Etat, le montant des sommes à verser au Trésor et, s'il y a lieu, aux sociétés participantes... »

Nous avons déjà dit que l'article 46 § 4 a transféré au conseil d'administration les pouvoirs des assemblées spéciales.

Il semble donc en définitive que la société imposée puisse se libérer par paiement en espèces à l'Etat et remise d'actions à la société participante (61). Les modes de paiement envers la société participante sont identiques, mais indépendants de ceux employés envers l'Etat.

196. Paiement combiné. — On tire de cette solution la conséquence suivante : si la société imposée désire effectuer un paiement combiné et se libérer par exemple 2/3 par attribution d'actions et 1/3 par versement en espèces, elle n'est pas obligée de garder le rapport 2/3 en actions et 1/3 en espèces pour le paiement de sa dette envers l'Etat et de celle envers la société participante. La société participante peut être réglée intégralement par une attribution d'actions et l'Etat par un paiement combiné ou *vice versa*. Le paiement combiné concerne donc la *dette globale* obtenue en additionnant ce que la société doit à l'Etat et ce qu'elle doit à la société participante. Il ne porte pas sur chacune de ces dettes prises séparément.

Il est possible que l'Administration n'accepte pas cette solution. Par ce procédé, en effet, la société participante se trouve indemnisée, mais augmente par la même occasion le montant de sa participation. Son pouvoir de contrôle sur la société mère se trouve donc accru. Si le but accessoire de l'impôt de solidarité est, comme nous le disions précédemment, de faire entrer l'Etat dans les sociétés afin de lui donner un droit de regard sur leur gestion, il est douteux que l'Administration accepte l'emploi de ce procédé. Une telle interprétation de la loi aboutit en effet à favoriser la société participante au détriment de l'Etat.

En droit, cependant, la solution que nous avons donnée nous paraît licite.

197. Participation réciproque interdite. — Lorsqu'il existe entre deux sociétés une participation *réciproque interdite* par l'article 8 de la loi du 4 mars 1943 (62), l'une des sociétés participantes peut-elle recevoir des actions, alors que l'Etat est payé en espèces ?

(61) M. Hamel (*Journ. soc.*, 1945, p. 270) admet cette solution, mais ne la motive pas.

Molas (*op. cit.*, n° 97, p. 53), admet la même solution, mais conseille de ne l'employer qu'avec prudence.

(62) L'une des sociétés détient des titres représentant plus de 10 % du capital social de l'autre.

Nous ne le croyons pas. Même si les sociétés se trouvent encore dans les délais accordés par la loi pour régulariser la situation irrégulière, l'augmentation de capital ne pourrait avoir lieu. En effet, la participation irrégulière serait alors aggravée. La société participante serait seule à recevoir des titres, l'Etat étant payé en espèces. La proportion légale maximum, qui est, dans la loi française, le critère de la participation réciproque interdite, serait alors accrue (voir n° 40).

La loi donne le choix entre deux modalités de paiement (paiement en actions ou paiement en espèces). On ne saurait choisir le procédé qui aggrave une situation irrégulière. La société participante ne peut recevoir dans ce cas que des espèces.

Mais si la société imposée remettait des titres à la fois à l'Etat et à la société participante, la participation irrégulière serait simplement maintenue. L'opération serait licite.

198. Date de remise des actions. — Notons enfin que la date de remise des actions à la société participante n'est pas indiquée par l'ordonnance. Celle-ci ne s'occupe que de la date de remise des actions revenant à l'Etat. Lorsque la société imposée opère une augmentation de capital, il lui est cependant facile de remettre, à la même date, les actions revenant à l'Etat et celles revenant à la société participante.

Toutefois, en l'absence d'un texte légal formel imposant une telle obligation, la remise simultanée des actions à l'Etat et à la société participante n'est qu'une simple faculté pour la société imposée. Celle-ci peut remettre quand elle veut les actions revenant à la société participante. Elle doit seulement éviter d'agir en fraude des droits de la société participante.

II. — *MONTANT DU PAIEMENT*

199. Non-amputation de droits. — L'article 45 al. 2 prévoit que, lorsque la société se libère *intégralement* de l'impôt par remise d'actions, la société participante doit recevoir des actions « dans la proportion nécessaire pour que les droits que cette société tient de ses actions nominatives ne subissent aucune amputation ». Pour qu'elle ne subisse aucune amputation de ses droits, la société participante doit recevoir, en actions ou en espèces, une participation égale au 1/20 de sa participation nominative au 4 juin 1945.

Si des sociétés participantes étaient seules actionnaires d'une société, celle-ci n'aurait pas d'impôt de solidarité à payer : L'impôt n'atteint pas la fraction du fonds social afférente aux participations détenues par les autres sociétés (art. 43 al. 2). Les sociétés participantes ne subiraient pas alors d'amputation de leurs droits.

Mais cette hypothèse est impossible depuis la loi du 4 mars 1943 : L'article 12 de cette loi dispose en effet que « le président du conseil d'administration doit être une personne physique ». Les sociétés participantes subissent donc toujours une amputation de leurs droits. Il faut toujours leur attribuer une participation égale au 1/20 de la participation nominative qu'elles détenaient au 4 juin 1945.

200. Catégorie d'actions intégralement détenue par la société participante. — Des difficultés se présentent lorsque la société imposée a plusieurs catégories d'actions (actions de priorité, actions de jouissance, actions partiellement libérées). Si la société participante ne détient qu'une partie des actions d'une ou plusieurs catégories, elle reçoit des actions de cette ou de ces catégories.

Mais que se passe-t-il lorsque la société participante détient la *totalité* des actions d'une catégorie, par exemple toutes les actions de priorité ? Il faut déduire du fonds social la valeur de ces actions de priorité pour calculer l'assiette de l'impôt. L'Etat reçoit seulement des actions ordinaires. Faut-il dédommager la société participante ?

Si la priorité consiste dans la paiement d'un dividende par préférence aux actions ordinaires, il semble que la société participante ne subisse pas de préjudice : Les dividendes qu'elle touchera ne seront pas réduits par l'entrée de l'Etat comme actionnaire dans la société.

Mais le droit de vote, le droit au superbénéfice et le droit au boni de liquidation de la société participante sont diminués par la création d'actions nouvelles attribuées à l'Etat. Une partie des droits que la société tient de ses actions se trouve donc amputée. Combien faut-il dans ce cas remettre d'actions nouvelles à la société participante ? Faut-il lui remettre des actions ordinaires ou des actions de priorité ? Ce sont là des questions auxquelles le seul texte de l'ordonnance ne permet pas de répondre(63).

(63) L'A. N. S. A., par lettre au Directeur général de l'Enregistrement en date du 23 octobre 1945, a demandé des éclaircissements sur ces différents points.

Pratiquement, un accord amiable entre les deux sociétés nous paraît le moyen le plus simple de régler les difficultés soulevées par cette hypothèse.

III. — *PARTICIPATION D'UNE SOCIETE ACTIONNAIRE EMPECHE OU SOUSCRIPTEUR PROVISOIRE*

A. — SOCIETE ACTIONNAIRE EMPECHE

201. Droit de propriété rétroactif. — Lors du paiement de l'impôt, la société actionnaire empêché n'a pas à tenir compte, dans la détermination de son fonds social imposable, des actions auxquelles elle a droit : La souscription provisoire n'est pas encore dénouée et la société actionnaire empêché ne saurait être alors considérée comme une société participante.

Ce n'est qu'au dénouement de la souscription que la qualité de société participante apparaît. Nous avons vu en effet (voir n° 23) que la souscription provisoire s'analyse en une gestion d'affaire. L'actionnaire empêché est donc rétroactivement propriétaire de ses actions au jour de la réalisation de l'augmentation de capital. La société devient rétroactivement société participante.

La société émettrice aura agi prudemment en signalant, lors de la remise des actions et parts revenant à l'Etat, cette participation éventuelle : Elle se sera ainsi conformée, dans la mesure du possible, à l'article 46 § 2 al. 1er.

202. Caractère nominatif des actions. — La première condition exigée par l'article 43 al. 2 pour que la participation soit prise en considération est donc remplie. Encore fallait-il, en supposant que la société actionnaire empêché était elle-même soumise à l'impôt, que les actions détenues au 4 juin 1945 l'aient été sous la forme nominative. Or ces actions, lorsqu'elles étaient nominatives, étaient inscrites au nom du souscripteur provisoire. La condition exigée par l'ordonnance ne paraît donc pas remplie.

Mais la thèse contraire peut être soutenue en invoquant l'argument suivant : l'article 2 de la loi du 14 août 1941 stipule que « les titres bénéficieront des mêmes droits et supporteront les mêmes charges que s'ils avaient été, dès l'origine, mis à la disposition des souscripteurs définitifs ». La loi proclame donc la rétroactivité des droits de l'actionnaire empêché : tout se passe comme si les actions avaient été dans le patrimoine de l'actionnaire empêché dès l'augmentation de capital.

Par ailleurs, ces actions devaient avoir une forme : elles devaient être soit nominatives, soit au porteur. Il est logique de les considérer comme rétroactivement nominatives lorsqu'elles sont délivrées sous cette forme lors du dénouement de la souscription provisoire.

Les actions sont donc rétroactivement nominatives au 4 juin 1945 et les conditions exigées par l'ordonnance pour que la participation soit prise en considération sont remplies.

L'Administration n'a pas indiqué son point de vue sur cette question. Mais, étant donné les difficultés pratiques qu'entraîne le système de la rétroactivité et la solution qu'elle a adoptée en matière de société souscripteur provisoire (voir n° 206), il est à présumer qu'elle fera prévaloir la réalité sur la fiction et qu'elle considérera que les actions n'étaient pas nominatives au 4 juin 1945.

Il reste à savoir quelle sera la solution qui sera adoptée par la jurisprudence.

203. Nécessité d'une nouvelle liquidation de l'impôt. — Le rétablissement de la situation soulève de grandes difficultés pratiques : Il faut procéder à une nouvelle liquidation de l'impôt du chef de la société émettrice et de celui de la société actionnaire empêché, en tenant compte de la participation de cette dernière.

Société émettrice. — La société émettrice déduit de son fonds social le montant de la participation (art. 43 al. 2). Lors du paiement de l'impôt, cette déduction n'avait pas eu lieu : L'Etat a donc reçu plus qu'il ne le devait. Il doit remettre les actions ou les espèces auxquels il n'a pas droit.

Soit une société A, dont le capital est divisé en 10.000 actions cotées 2.000 francs chacune au 4 juin 1945.

Le fonds social est de 20 millions de francs (10.000 × 2.000). Le prélèvement est de 1 million de francs $\frac{(20.000.000)}{20}$.

Lors du dénouement de la souscription provisoire, une société actionnaire empêché se trouve propriétaire de 1.000 actions représentant une valeur de 2.000.000 de francs au cours du 4 juin 1945. La nouvelle liquidation de l'impôt s'établit sur les bases suivantes :

La société A ne devait que : $\frac{20.000.000 - 2.000.000}{20} = 900.000$ fr.

Elle a donc versé 100.000 francs de trop (1.000.000 — 900.000). L'Etat doit les lui restituer.

— Lorsque l'Etat a revendu les actions et que la société émettrice a exercé son droit de préemption (art. 49-3°), l'impôt est liquidé en espèces : L'Etat rembourse à la société le prix auquel elle a racheté ses propres actions (64).

— Lorsqu'au contraire la société émettrice n'a pas exercé son droit de préemption, l'Etat doit racheter les actions en Bourse. Mais cette solution risque de jeter le trouble sur un marché étroit où le terme, actuellement supprimé, ne peut jouer son rôle stabilisateur. Il serait donc préférable dans ce cas que l'Etat remette à la société l'équivalent en espèces du prix de rachat des actions. L'Etat paiera sur la base de la valeur boursière les actions au jour du remboursement.

La société peut garder les actions qui lui sont remises. Elle peut aussi les distribuer à ses actionnaires ou encore les utiliser pour dédommager la société actionnaire empêché. Toutes ces opérations devraient être effectuées en franchise de tout impôt.

Société actionnaire empêché. — De son côté, la société actionnaire empêché doit évaluer à nouveau son fonds social. Elle paiera l'impôt sur cette nouvelle base. Reprenons l'exemple précédent. Les 1.000 actions sont remises à la société actionnaire empêché au prix d'émission majoré de l'intérêt légal en matière commerciale (art. 2 de la loi 14 août 1941), soit, supposons-le, moyennant 1.000 francs par action.

La société actionnaire empêché débourse 1 million de francs (1.000 × 1.000). Elle reçoit des actions cotées 2.000 francs chacune au 4 juin 1945 et représentant une valeur totale de 2 millions de francs (2.000 × 1.000). Le fonds social acquiert donc rétroactivement une plus-value de 1 million de francs (2.000.000 — 1.000.000) sur lequel l'impôt est dû.

Par contre, la société actionnaire empêché recevra de la société émettrice un dédommagement (en espèces ou en titres) pour la participation qu'elle acquiert rétroactivement. Ce dédommagement, qui doit éviter toute amputation de droits à la société participante (voir n° 199), sera dans notre exemple de 100.000 francs (2.000.000 : 20).

Double dédommagement. — Le dédommagement dû à la société actionnaire empêché et l'excédent d'impôt payé à l'Etat ont la

(64) L'Etat a déjà revendu des actions qu'il avait reçues au titre de l'impôt de solidarité (notamment des actions de la société « Saint-Gobain » et de la Société « Mines d'Anzin ». Voir la *Semaine économique et financière* du 26 avril 1946). Le besoin pour l'Etat de se créer des disponibilités l'emporterait-il sur son désir de contrôler les grandes sociétés ?

même valeur (100.000 francs dans l'exemple que nous avons pris). En effet :

— d'une part, l'excédent de l'impôt a été calculé sur le montant de la participation (2 millions de francs);

— d'autre part, le taux de l'impôt est identique au taux du prélèvement effectué au profit de la société participante (1/20).

L'Etat peut-il, dès lors, verser *directement* 100.000 francs à la société actionnaire empêché (ou les déduire du montant de l'impôt éventuel dû par celle-ci) sans passer par l'intermédiaire de la société imposée ? Nous ne le croyons pas. En effet, si l'on admettait cette solution, la société actionnaire empêché recevrait un dédommagement en actions ou en espèces selon que l'Etat aurait lui-même été payé de l'impôt en actions ou en espèces. Le mode de dédommagement de la société actionnaire empêché serait subordonné au mode de paiement de l'impôt. Or, nous avons vu (n° 193) que le premier est identique, mais indépendant du second.

Par ailleurs, au cas de paiement combiné de l'impôt à l'Etat, comment celui-ci dédommagerait-il la société actionnaire empêché ? En actions, en espèces ou au moyen d'un paiement combiné ? Il y a là une option qui est réservée à la société émettrice (voir n° 194).

B. — SOCIETE SOUSCRIPTEUR PROVISOIRE

204. Droit de propriété sous condition résolutoire. — Une société, lors du paiement de l'impôt, est-elle propriétaire des actions qu'elle a souscrites à titre de souscripteur provisoire ? Est-elle une société participante ? Il faut faire une distinction :

1° *La société doit revendre pour le compte de la société émettrice les actions non réclamées, lors du dénouement de la souscription provisoire, par les actionnaires empêchés.* Dans ce cas, la société n'est que détentrice des actions; elle n'en est pas propriétaire. Les conditions exigées par l'article 43 al. 2 de l'ordonnance ne sont pas remplies. La participation ne peut être prise en considération.

2° *La société doit revendre pour son propre compte ou garder à titre de propriétaire les actions non réclamées, lors du dénouement de la souscription provisoire, par les actionnaires empêchés.* Dans ce cas, la société est « actionnaire sous condition résolutoire de l'exercice de leurs droits par les personnes empê-

chées » [65]. La société est donc propriétaire des actions sous condition résolutoire.

La participation doit être prise en considération, si toutefois les actions n'ont pas été déposées à la C. C. D. V. T., mais ont été inscrites au nom de la société souscripteur provisoire.

— Si la condition ne se réalise pas, il n'y a rien à changer : L'impôt a été convenablement liquidé.

— Si la condition se réalise, il faut liquider à nouveau l'impôt. Pratiquement, la condition se réalisera toujours, au moins partiellement : Tous les actionnaires empêchés ne réclameront peut-être pas les actions auxquelles ils ont droit; mais il serait bien étonnant qu'aucun ne le fasse.

205. Nécessité d'une nouvelle liquidation de l'impôt. — La liquidation de l'impôt se trouve remise en cause. Remarquons que la situation est l'inverse de celle que nous avons examinée précédemment à propos d'une société actionnaire empêché :

— Dans le cas de la *société actionnaire empêché*, la société imposée est remboursée d'une partie de ce qu'elle a versé à l'Etat et la société actionnaire empêché reçoit un dédommagement.

— Au contraire, dans le cas de la *société souscripteur provisoire*, la société imposée doit verser un supplément d'impôt à l'Etat : Elle a déduit de son fonds social une participation dont il ne faut plus tenir compte. La société souscripteur provisoire doit, de son côté, remettre une partie du dédommagement qu'elle a touché.

206. L'absence de remèdes. — Cette nouvelle liquidation de l'impôt entraîne évidemment des complications multiples. Aussi l'Administration [66] n'admet-elle pas cette solution et préfère-t-elle considérer la société souscripteur provisoire comme une société non participante.

Mais, comme le remarque l'A. N. S. A., l'Administration ne saurait repousser une solution sous prétexte qu'elle est trop compliquée, surtout alors qu'elle propose une solution plus simple... mais au détriment des sociétés :

En effet, les actions non réclamées sont imposées deux fois :

(65) A. N. S. A., *op. cit.*, p. 22-23. — Voir aussi n° 23-*a*.
(66) Lettre de la Direction générale de l'Enregistrement de l'A. N. S. A. en date du 5 février 1946 (A. N. S. A., *op. cit.*, p. 207).

dans le patrimoine de la société émettrice et dans celui de la société participante.

Par ailleurs, la société participante ne reçoit pas le dédommagement auquel elle a droit.

Il n'y a pas de raison, si l'Administration veut simplifier les choses, qu'elle ne choisisse pas la solution favorable aux sociétés et n'admette pas la participation pour la totalité de la souscription provisoire.

Du reste, la solution proposée par l'Administration n'élimine pas les difficultés, elle ne fait que les repousser : Au dénouement de la souscription provisoire, la société souscripteur provisoire se considérera comme rétroactivement participante et, à ce titre, demandera que la liquidation de l'impôt soit révisée et que le dédommagement auquel elle a droit lui soit attribué. La situation est alors la même que celle que nous avons exposée à propos de la société actionnaire empêché. Les difficultés ne sont pas moindres dans ce cas.

Il est regrettable que le législateur n'ait pas pris spécialement en considération le cas d'une société actionnaire empêché ou souscripteur provisoire. En l'absence de texte législatif, un accord amiable entre les sociétés d'une part et l'Administration d'autre part nous paraît la seule façon de sortir, lorsqu'elle se présentera, de cette situation particulièrement complexe.

La réparation due aux sociétés participantes pour éviter qu'elles ne subissent une double imposition et une diminution de leur participation peut se résumer dans le tableau suivant :

1° *Modes de paiement* { identiques / mais / indépendants } de ceux employés envers l'Etat (paiement titres, paiement espèces, paiement combiné).

2° *Montant du paiement* :

— Non-amputation de ses droits.

— Amputation dans le cas de catégorie d'actions intégralement détenue par elle.

3° *Situation d'une société* { *actionnaire empêché.* / *ou* / *souscripteur provisoire.* }

a) Actionnaire empêché : Propriétaire rétroactivement.

Remise de titres ou espèces : { — par l'Etat à la société émettrice. / — par la société émettrice à la société actionnaire empêchée. }

b) Souscripteur provisoire : Propriétaire sous condition résolutoire :

Remise de titres ou espèces : { — à l'Etat par la société émettrice / — à la société émettrice par la société souscripteur provisoire. }

CHAPITRE III

CONVERSION DES OBLIGATIONS EN ACTIONS

207. Virement de compte. — Les augmentations de capital sans appel d'argent frais que nous avons étudiées jusqu'à présent s'opèrent par un virement de sommes prélevées au poste « Réserves » et incorporées au poste « Capital social ». L'opération s'accompagne d'une remise d'actions gratuites, soit aux actionnaires, soit à des non-actionnaires (porteurs de parts, Etat, sociétés participantes).

Mais, il est un autre moyen d'augmenter le capital social sans appeler de l'argent frais. Les sommes virées sont prélevées au poste « Obligations » et portées au poste « Capital social ». C'est la conversion d'obligations en actions avec remise d'actions aux obligataires.

208. Consentement individuel. — L'opération se rapproche de celle de la conversion des parts bénéficiaires en actions. Dans les deux cas, des personnes qui avaient déjà un lien juridique avec la société deviennent actionnaires.

Mais il existe une différence importante :

La conversion directe des parts bénéficiaires en actions s'opère avec le simple consentement de la majorité de l'assemblée générale des porteurs de parts. Les porteurs de parts bénéficiaires ont déjà un titre à revenu variable : L'opération ne change donc pas le caractère variable de leur titre.

La conversion des obligations en actions, au contraire, ne peut pas être réalisée avec le seul consentement de l'assemblée des obligataires (art. 21 du décret-loi du 30 octobre 1935). Le consentement individuel des obligataires est nécessaire. Cette sévérité s'explique : le créancier possède un droit acquis. L'opération a pour effet de changer la nature du droit de l'obligataire. Il était créancier de la société. Il en devient actionnaire. La société ne peut modifier ce droit sans le consentement de son titulaire.

Le concordat judiciaire ne peut donc imposer aux créanciers la transformation de leurs créances en actions (1). Par contre, en cas de concordat amiable voté à l'unanimité, il semble qu'un vote majoritaire soit suffisant pour opérer cette transformation (2).

M. Ripert (3) fait remarquer qu'on est en présence d'une curiosité législative : Dans un régime démocratique, le législateur s'intéresse généralement davantage aux débiteurs qu'aux créanciers. Or, ici, les obligataires, qui sont des créanciers, sont protégés par la loi. Cette protection s'explique : Le créancier paraît dans ce cas plus faible que le débiteur. C'est donc vers lui que se porte la sollicitude du législateur.

209. Avantages de l'opération. — Pourquoi réaliser une conversion d'obligations en actions ? *La société* y trouve l'avantage de ne plus verser un intérêt fixe à l'obligataire, même lorsque les résultats de l'exercice social sont déficitaires; l'obligataire subira désormais les fluctuations de l'affaire. S'il y a des bénéfices, il touchera des dividendes importants. S'il y a des pertes, il ne touchera rien.

L'obligataire, de son côté, peut avoir intérêt à devenir actionnaire s'il escompte dans un avenir prochain un développement de la société et l'attribution aux actionnaires d'un dividende supérieur à l'intérêt que lui rapporte son obligation.

210. Sa rareté. — La conversion des obligations en actions n'est cependant pas une opération très courante. C'est même l'opération inverse que la loi du 2 décembre 1945 a prévue en nationalisant la Banque de France et les quatre grandes banques de dépôt (4).

Les actionnaires de la Banque de France ne sont plus propriétaires de leurs actions. La propriété en est transférée à l'Etat. En échange, les actionnaires reçoivent des obligations nominatives (art. 2 al. 1er).

(1) Toutefois, s'il n'y a pas opposition et si le jugement est passé en force de chose jugée, il ne paraît pas possible d'attaquer le jugement pour excès de pouvoir. Il n'y aurait pas de dol découvert après l'homologation et résultant de la dissimulation de l'actif ou de l'exagération du passif (art. 518 C. comm.). Voir, sur ce point, Percerou, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2e éd., n° 1703.

(2) En ce sens, Thaller, *traité*, n 2098.

(3) Ripert, *Cours*, p. 476 et 487.

(4) Ce sont : le Crédit Lyonnais, la Société Générale pour favoriser le développement du Commerce et de l'Industrie en France, le Comptoir National d'Escompte de Paris et la Banque Nationale pour le Commerce et l'Industrie (art. 6).

Quant aux actionnaires des quatre grandes banques de dépôt, ils reçoivent, en échange de leurs actions, des « parts bénéficiaires » nominatives (art. 8 al. 2). Ces titres, appelés « parts bénéficiaires » par la loi, sont en réalité des obligations.

— Ce ne sont pas des parts bénéficiaires : les parts donnent droit à une fraction des bénéfices. S'il n'y a pas de bénéfices, il n'y a pas de distribution. Ces titres donnent droit, qu'il y ait ou non des bénéfices, à *un minimum de répartition* égal au dividende distribué aux actions pour l'exercice 1944.

— Ce sont des obligations, puisqu'elles touchent un intérêt. L'obligation produit d'habitude un intérêt fixe. Ici, l'intérêt est variable.

Les titres remis aux actionnaires des banques de dépôt ne sont donc pas des « parts bénéficiaires » : ce sont des obligations à revenu variable.

La nationalisation des banques entraîne une conversion d'actions en obligations. C'est l'opération inverse (conversion d'obligations en actions) que nous étudierons dans ce chapitre.

211. Ses difficultés. — Trois questions se posent à propos de la conversion des obligations en actions :

1° La créance de l'obligation doit-elle être exigible pour que la conversion puisse être réalisée ?

2° Quelle est la nature juridique des actions remises à l'obligataire ? Sont-elles des actions de numéraire ou des actions d'apport ?

3° Lorsqu'une société est soumise à l'impôt de solidarité, peut-elle comptabiliser sa dette envers l'Etat au poste « Obligations » et convertir ensuite cette obligation en action ?

§ 1er. — *Exigibilité de la créance.*

212. Compensation légale et compensation conventionnelle. — Lorsque la créance est certaine, exigible et liquide, la conversion a lieu au moyen d'une compensation légale.

Lorsqu'au contraire la créance n'est pas exigible, parce que l'obligation n'est pas encore remboursable, la compensation conventionnelle peut-elle jouer ? MM. Houpin et Bosvieux (5) le pensaient déjà avant le décret-loi du 31 août 1937.

(5) Houpin et Bosvieux, 7e éd., n° 870.

Le décret-loi du 31 août 1937 a formellement autorisé la conversion des obligations en actions. Mais il n'a pas indiqué si cette transformation peut donner lieu à une compensation conventionnelle.

M. Solus (6) ne croit pas l'opération possible : « Il n'y aurait pas, dit-il, souscription suivie d'un versement réel si la créance transformée en actions n'était pas certaine, liquide et exigible. » L'auteur parle de « souscription ». Il semble donc n'envisager que le cas de la conversion indirecte réalisée en deux temps. Il n'a pas étudié le cas de la conversion directe opérée par virement de compte à compte.

Du reste, le texte du décret-loi de 1937 ne s'oppose pas à la transformation des obligations en actions au moyen d'une compensation conventionnelle. Une partie de la doctrine (7) considère l'opération comme licite.

213. Valeur actuelle de la créance. — Toutefois, remarque M. Dalsace (*op. cit.*), la créance non encore exigible n'a pas la valeur de son nominal. La conversion doit donc être réalisée non sur la base de la valeur nominale de l'obligation, mais sur la base de sa valeur actuelle. La valeur actuelle peut être considérée comme « la somme qui, placée à intérêts composés, donne un montant égal à la créance apportée à l'échéance de celle-ci ».

§ 2. — *Nature juridique des actions remises.*

214. Modalités de la conversion. — La conversion d'obligations, comme la conversion des réserves en actions, s'opère indirectement ou directement.

Au cas de *conversion indirecte*, la société met en distribution la somme qu'elle doit aux obligataires qui souscrivent à l'augmentation de capital après renonciation par les actionnaires à leur droit préférentiel de souscription.

Au cas de *conversion directe*, l'opération a lieu par un simple virement de compte.

Il n'y a pas versement effectif de fonds, mais libération par

(6) Solus, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et de 1937*, p. 33.

(7) Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 870; Dalsace, *A propos de l'augmentation de capital réalisée en règlement de l'impôt de solidarité* (*Rev. soc.*, 1946, p. 48); Alexandroff, *Recueil juridique des sociétés*, 1938, I, chap. ix.

compensation. L'obligataire avait une créance de 100.000 francs, par exemple : on lui remet pour 100.000 francs d'actions.

Quelle est la nature juridique des actions qui lui sont remises ? Sont-elles des actions de numéraire ou des actions d'apport ?

Il faut distinguer l'hypothèse de la société solvable et celle de la société en pertes.

I. — *SOCIETE SOLVABLE*

215. L'option (*Actions de numéraire ou d'apport*). — Une société a un fonds social de 15 millions. Elle a émis pour 5 millions d'obligations qu'elle veut convertir en actions. La société a le choix entre deux procédés :

— soit remettre aux obligataires des actions de numéraire d'un montant égal à leurs créances (8);

— soit faire apporter aux obligataires leurs créances contre la société et leur remettre des actions d'apport.

216. Avantages des actions de numéraire. — La remise d'actions de numéraire offre des avantages : Il n'y a pas lieu de procéder à la vérification et à l'approbation exigées par l'article 4 de la loi de 1867 pour les apports en nature (9).

L'article 4 § 1er de la loi du 4 mars 1943, qui interdit toute augmentation de capital en numéraire tant que le capital ancien n'est pas libéré, ne semble pas devoir s'appliquer (10). Cette loi ne vise en effet que le cas de versement d'argent frais. Or, ici, par hypothèse, il n'y a pas entrée d'argent frais dans la société.

Cependant, étant donné la généralité des termes employés par l'article 4 (« toute augmentation de capital en numéraire... ») et l'absence de jurisprudence sur ce point, il serait prudent de n'incorporer les obligations au capital social que lorsque le capital ancien aurait été intégralement libéré.

(8) En cas de compensation légale (dette certaine, exigible et liquide), la créance est prise pour sa valeur nominale.

En cas de compensation conventionnelle, la créance est prise pour sa valeur actuelle (voir nº 213).

(9) Houpin et Bosvieux, *Traité*, nº 874; Houpin, *Journ. soc.*, 1908, p. 291-292. Sur les formalités à remplir en cas d'apport en nature, voir nº 106.

(10) En ce sens, Bosvieux, *Journ. soc.*, 1943, p. 13.

II. — *SOCIETE EN PERTES*

217. Actions de numéraire. — La remise d'actions de numéraire est-elle toujours possible ? La question se pose pour une société dont le passif est supérieur à l'actif.

M. Houpin (11) estime que l'augmentation de capital est toujours possible, tant qu'il n'y a pas faillite ou cessation de paiements et que des actions de numéraire peuvent toujours être remises.

M. Houpin invoque l'argument suivant : si la société n'est pas en état de faillite ou de cessation de paiements, elle peut faire une augmentation de capital par émission d'actions payables en numéraire. Elle peut employer les sommes qu'elle reçoit à libérer son passif. Pourquoi, demande alors M. Houpin, les créanciers ne pourraient-ils pas souscrire eux-mêmes les actions représentatives de l'augmentation de capital et libérer ces actions par compensation avec les sommes à eux dues par la société ?

218. Actions d'apport. — La théorie de M. Houpin soulève l'objection suivante :

Supposons une société au capital de 1 million de francs. Son actif brut est de 400.000 francs. Elle veut convertir 500.000 francs d'obligations en actions. Dans la thèse de M. Houpin, la société pourrait créer pour 500.000 francs d'actions de numéraire nouvelles libérées par compensation avec la dette de la société vis-à-vis des obligataires.

Nous croyons au contraire, avec M. Thaller (12) et M. Percerou (13), que la société peut créer seulement pour 400.000 francs d'actions nouvelles. L'actif brut étant de 400.000 francs, la valeur effective des obligations n'est plus de 500.000 francs. Si on créait pour 500.000 francs d'actions nouvelles, il y aurait défaut de libération du capital à concurrence de 100.000 francs.

Il faut donc que les obligataires apportent à la société leurs créances. Celles-ci font l'objet d'une évaluation et sont incorporées au capital social pour un chiffre inférieur à leur montant. Des actions d'apport sont ensuite attribuées aux obligataires. L'opération s'accompagne donc d'une remise partielle de dettes.

(11) Houpin, *Journ. soc.*, 1908, p. 297 et suiv. — Dans le même sens : Maria, thèse, p. 203.
(12) Thaller, *Ann. dr. comm.*, 1907, p. 177, et 1909, p. 187.
(13) Percerou, *op. cit.*, n° 1705 *bis*.

219. Actions privilégiées. — En revanche, pour avantager les obligataires, on leur attribue généralement des actions de priorité : C'est ce qui s'est produit lors de la transformation de la « Compagnie Générale Transatlantique » en société d'économie mixte (loi du 20 juillet 1933). Mais l'Etat a dû supporter une réduction de sa créance en recevant des actions à la place de ses obligations.

Une transformation analogue a eu lieu lors de la création de la « Société Nationale des Compagnies de Chemins de fer français ». L'Etat était créancier des compagnies de chemins de fer. Il lui a été remis des actions en échange de ses obligations (14).

220. Assainissement préalable. — Lorsque la société est en pertes, l'augmentation de capital est le plus souvent précédée d'une réduction équivalente en vue d'assainir l'affaire (15) : C'est ce qu'on appelle « le système de l'accordéon ».

En droit la réduction de capital n'est pas obligatoire. En fait, elle est toujours réalisée :

Si elle n'avait pas lieu, les créanciers n'auraient pas intérêt à devenir actionnaires. En effet, les bénéfices réalisés doivent servir à reconstituer le capital social entamé. Ils ne sont donc distribués qu'après cette reconstitution.

Si, au contraire, le capital est préalablement réduit, la société peut reprendre rapidement la distribution des dividendes.

Lorsque le passif est supérieur à l'actif, la réduction de capital n'est pas possible. On ne peut réduire à — 1 million le capital social d'une société au capital originaire de 5 millions qui a pour 6 millions de dettes. M. Houpin (16) ne voit qu'un seul remède dans ce cas : la dissolution de la société.

M. Thaller (17) propose la solution suivante. Cette solution demande un sacrifice de la part des obligataires et de la part des actionnaires :

Les obligataires font apport de leurs créances à la société pour une valeur de 5 millions. Ils subissent donc une perte de 1 million.

Mais, en même temps, les actionnaires primitifs consentent à vendre leurs actions à la société contre remise de parts bénéficiaires. La société annule les actions rachetées et réduit le capital

(14) Voir Monségur, *Aux confins du service public et de l'entreprise privée : Les entreprises privées d'intérêt public et les sociétés d'économie mixte*, thèse Bordeaux, 1942, p. 328 et suiv.

(15) Voir : Thaller, *De l'assainissement des sociétés par actions* (*Ann. dr. comm.*, 1909, p. 177 et suiv.); Houpin, *op. cit.*, p. 297.

(16) Houpin, *op. cit.*, p. 298.

(17) Thaller, *op. cit.*, p. 188.

social de 5 millions de francs. L'actif et le capital sont ramenés à égalité. La situation est assainie. Mais elle a pour résultat l'élimination des actionnaires primitifs, qui deviennent simplement porteurs de parts bénéficiaires (18).

§ 3. — *De l'impôt de solidarité considéré comme une dette convertissable en actions* (19).

221. Dette de la société. — Une société veut régler son impôt de solidarité par création d'actions attribuées à l'Etat.

— Si elle a des réserves, elle peut les incorporer au capital social.

— Si elle n'a pas de réserves, elle peut en constituer en diminuant son capital social.

Si la société ne veut pas employer ses réserves ni en créer par une diminution du capital social, peut-elle réaliser l'opération suivante : elle inscrit au passif du bilan sa dette envers l'Etat. Elle compense cette inscription par l'ouverture à l'actif d'un compte spécial intitulé : « Augmentation de capital au profit de l'Etat ». Elle convertit ensuite sa dette en actions qu'elle remet à l'Etat. L'Etat est en effet créancier du montant de l'impôt et nous venons de voir qu'une créance peut être incorporée au capital social.

222. Conversion totale licite. — L'A.N.S.A. (20) considère l'opération comme licite. Le seul point délicat semble être celui du consentement de l'Etat. Mais l'A.N.S.A. considère que l'Etat a donné une option à la société : Celle-ci peut se libérer de l'impôt soit par un paiement en espèces, soit par un paiement en actions. Du moment que l'opération est réalisée régulièrement, elle n'a pas besoin d'être autorisée spécialement par l'Etat. Celui-ci l'a implicitement autorisée en donnant l'option à la société. L'Etat, dans cette hypothèse, est un « souscripteur obligé ».

(18) Sur l'impossibilité de remettre aux actionnaires primitifs des actions de jouissance, voir JOLY, *op. cit.*, *Réduction de capital*, n° 16, avec les références en note. — Voir aussi n° 185.

(19) Sur ce point, consulter : JOLY, *op. cit.*, *Impôt de solidarité*, n° 11 *bis*; MOLAS, *op. cit.*, p. 25; *Impôts et sociétés*, numéro spécial sur l'impôt de solidarité nationale, p. 12; DALSACE, *A propos de l'augmentation de capital réalisée en règlement de l'impôt de solidarité* (*Rev. soc.*, 1946, p. 44 et suiv.); A.N.S.A., *L'impôt de solidarité applicable aux sociétés et aux porteurs de valeurs mobilières*, p. 31-32; MICHEL, *Gaz. Pal.*, 18 décembre 1945.

(20) A.N.S.A., *op. cit.*, p. 31-32.

Cette opinion a été confirmée, sous réserve de l'appréciation des tribunaux, par le directeur de la Coordination économique [21].

223. Conversion partielle licite. — M. Dalsace [22] fait la remarque suivante : la compensation entre la dette de la société et la créance de l'Etat ne peut avoir lieu sur la base de la valeur nominale de la créance. L'impôt, en effet, n'est dû que par quarts [23]. La créance de l'Etat doit donc être calculée sur la base de sa valeur actuelle (voir n° 213). La différence entre la valeur nominale et la valeur actuelle de la créance doit être prélevée sur les réserves.

224. Conversion illicite. — La conversion de la dette de la société en actions, même en la limitant à la valeur actuelle de la dette, ne nous paraît pas réalisable pour les raisons suivantes :

1° Nous avons vu (n° 218) qu'une société dont le passif est supérieur à l'actif ne peut réaliser une conversion d'obligations en actions que s'il y a apport de la créance. La créance est donc incorporée pour une valeur inférieure à sa valeur nominale.

Si une société assujettie à l'impôt de solidarité se trouve dans cette situation lors de la conversion de la créance de l'Etat en actions, l'opération ne peut pas être réalisée : l'Etat ne recevrait pas la totalité de l'impôt qui lui est dû.

2° Le raisonnement de l'A.N.S.A. et celui de M. Dalsace supposent que la créance, préalablement à son incorporation, est comptabilisée au passif du bilan. Or, en fait, cette écriture n'a pas lieu.

Par ailleurs, comme le remarque très justement M. Michel (*op. cit.*), aucune disposition légale n'autorise la formation à l'actif d'un poste « Augmentation de capital au profit de l'Etat ». L'ordonnance (art. 46 § 4) indique un certain nombre de simplifications (voir n°s 170 et suiv.). Si elle avait voulu admettre un tel procédé comptable, ne l'aurait-elle pas formellement prévu ?

3° L'augmentation de capital réalisée par une conversion de la créance de l'Etat en actions aurait pour résultat de léser l'Etat. En effet, avant de distribuer des dividendes dans les exercices

(21) Lettre du Directeur de la Coordination économique à l'A.N.S.A. en date du 9 novembre 1945 (A.N.S.A,. *op cit*, p. 163 et 164).

(22) DALSACE, *Rev. soc.*, 1946, p. 44 et suiv.

(23) La remise d'actions a eu lieu en une seule fois, avant le 1er mars 1946.

Le paiement en espèces s'effectue en quatre quarts, aux dates suivantes : 1er mars, 18 août, 18 novembre 1946 et 18 février 1947.

ultérieurs, il faudra amortir le compte « Augmentation de capital au profit de l'Etat ». Une partie des dividendes qui devraient revenir normalement à l'Etat ne pourront lui être distribués. L'opération fausse donc l'incidence de l'impôt, puisque celui-ci ne porte plus uniquement sur le fonds social au 4 juin 1945 (24).

(24) Voir en ce sens : MICHEL, *Gaz. Pal.*, 18 décembre 1945; MOLAS, *op. cit.*, p. 25; *Impôts et sociétés*, p. 12; JOLY, *op. cit.*, n° 11 *bis*.

CONCLUSION

225. Augmentation de capital et conjoncture. — Nous venons de voir les difficultés multiples et actuelles que soulèvent les augmentations de capital, qu'elles aient lieu par appel d'argent frais ou par apport en nature, par incorporation de réserves ou par conversion d'obligations en actions. Nous voudrions, pour conclure cette étude, envisager les perspectives d'avenir ouvertes à ces diverses modalités.

I. — AUGMENTATIONS DE CAPITAL AVEC ADJONCTION DE RICHESSES NOUVELLES

226. Leur nécessité. — Disons tout de suite que les augmentations de capital par appel d'argent frais sont actuellement nécessaires pour assurer la reprise économique des sociétés, le retour à leur activité normale. Les sociétés ont un besoin pressant d'accroître leur fonds de roulement. Les pertes subies, la reconstitution des stocks, le paiement de l'impôt de solidarité, lorsqu'il a eu lieu en espèces, l'augmentation des charges (hausse des salaires, hausse des prix), ont éprouvé sérieusement leur trésorerie. Nombreuses sont les sociétés qui, à la fin de l'année 1945, ont présenté un bilan déficitaire (Ugine, Citroën, Peugeot, Saint-Gobain, Alsthom, pour ne citer que les principales) (1).

Or, les capitaux sont abondants. L'émission continuelle de billets de banque, la dévaluation, accroissent les disponibilité monétaires. Cependant, les actionnaires boudent aux augmentations de capital, refusent de souscrire. Pourquoi? Les perspectives économiques sont souvent favorables. Bien des sociétés ont eu des

(1) Déficit en millions de francs : Ugine, 243,7; Citroën, 217,7; Peugeot, 184,9; Saint-Gobain, 132,8; Alsthom, 114,8.

pertes, certes, mais leur situation est solide, leur prospérité prochaine est certaine.

227. Leur insuccès partiel. — Mais les actionnaires ne tiennent plus compte aujourd'hui des seules perspectives économiques; les facteurs psychologiques l'emportent de beaucoup sur les premières, et ces facteurs ne favorisent guère les augmentations de capital.

Crainte des nationalisations. — La nationalisation est actuellement la hantise des actionnaires. Le « dédommagement » de l'actionnaire de la Banque de France se limite à 28.029 francs (2), alors que la valeur liquidative de cette action est établie à 44.500 francs.

La nationalisation des houillères et surtout celle du crédit (loi du 2 décembre 1945) ont semé une véritable panique à la Bourse. Les capitaux ont fui en masse le secteur nationalisable (3) pour se réfugier dans le secteur dit libre. Mais le secteur libre n'a jamais été nettement délimité. Aussi voit-on les actionnaires inquiets, prêts à déserter les actions considérées comme dangereuses dès qu'un événement avive leurs craintes, mais prêts aussi à reprendre espoir dès qu'une nouvelle leur paraît favorable : C'est ainsi qu'après la loi du 2 décembre 1945 la baisse a été générale pour les valeurs d'électricité, de produits chimiques, de métallurgie, de charbonnage, etc. Au contraire, l'ensemble des cours a marqué une progression de 10 % à la suite du référendum du 5 mai 1946.

La Bourse accuse d'autant plus ces à-coups que le marché à terme des valeurs, provisoirement supprimé, ne peut jouer son rôle stabilisateur. Or, les augmentations de capital ne peuvent être réalisées avec quelques chances de succès qu'autant que le climat boursier est favorable, non seulement à la société qui veut réaliser l'opération, mais à la branche d'activité dont dépend cette société. C'est pourquoi les augmentations de capital ne sont guère réalisables actuellement que par les sociétés appartenant au secteur libre, et nombre de sociétés importantes doivent retarder le moment d'appeler l'argent frais qui leur est nécessaire pour reprendre leur activité et étendre leur exploitation.

Attrait des fonds de commerce. — Il est encore un autre motif pour lequel les actionnaires ne sont guère enclins à participer à

(2) Arrêté du 19 juillet 1946 (*J. O.*, 21 juillet 1946).

(3) La baisse des valeurs d'électricité a été telle que ces valeurs sont actuellement cotées en-dessous de la valeur à laquelle l'Etat doit les rembourser.

des augmentations de capital. Ils ne veulent plus investir leurs capitaux dans l'achat de titres ou la souscription à des émissions d'actions nouvelles : les dividendes distribués par les sociétés sont souvent minimes (4). Aussi les personnes qui ont des capitaux disponibles préfèrent-elles de beaucoup les investir dans l'achat de « biens refuges » (or, tableaux, meubles, timbres, fonds de commerce, etc.). Les fonds de commerce sont particulièrement recherchés (5). Ils sont généralement donnés en gérance. Les propriétaires escomptent (et souvent leurs espoirs ne sont pas déçus) retirer un profit bien plus important de l'exploitation normale de leurs fonds (nous ne voulons pas envisager le cas des commerçants se livrant au marché noir) que des dividendes alloués par une société dans laquelle ils auraient placé les mêmes capitaux.

Pour des raisons fiscales, le propriétaire du fonds de commerce et le gérant forment fréquemment entre eux une société à responsabilité limitée ayant pour objet l'exploitation du fonds (6). Les capitaux désertent alors les sociétés anonymes pour servir à la création de sociétés à responsabilité limitée.

Une opération cependant attire les actionnaires, et les sociétés, lorsqu'elles l'envisagent, ne se font pas faute, dans les journaux boursiers, d'en insinuer discrètement à l'avance la possibilité : c'est l'augmentation de capital par incorporation de réserves et distribution d'actions gratuites aux anciens actionnaires.

II. — AUGMENTATIONS DE CAPITAL SANS ADJONCTION DE RICHESSES NOUVELLES

228. Leur fréquence. — Les augmentations de capital sans appel d'argent frais, par incorporation de réserves au capital social, ont été nombreuses entre 1939 et 1944 (7). L'inflation d'une part et le non-renouvellement des stocks d'autre part ont permis aux socié-

(4) Le rendement moyen des valeurs à revenu variable est de 0,90 % environ. Il était de 4,26 % en 1939.

(5) La création, l'extension et le transfert des fonds de commerce soumis à une autorisation préfectorale par le décret-loi du 9 septembre 1939 et l'arrêté du 22 avril 1940 sont redevenus libres pour les particuliers et les sociétés autres que les sociétés par actions depuis la loi du 31 décembre 1945 (art. 42).

(6) Consulter sur ce point : Coutable, *Le statut fiscal des gérants de société à responsabilité limitée;* Joly, *Dictionnaire des sociétés à responsabilité limitée* ; « Constitution », nos 46 et suiv.

(7) Voir, sur ce point, la très intéressante thèse de M. Vlaux, *Des augmentations de capital en période d'inflation et spécialement de* 1939 *à* 1944, thèse Paris, 1944.

tés de faire d'importantes réserves. Sous la pression des actionnaires, elles les ont en partie converties en actions.

Ce mouvement a atteint son point culminant en 1942. Il a quelque peu diminué jusqu'en 1944, s'est arrêté presque complètement en 1945 et a repris en 1946.

En 1946, les augmentations de capital ont eu lieu :

— tantôt avec remises d'actions à un non-actionnaire (l'Etat);

— tantôt avec remise d'actions aux actionnaires.

229. Remise d'actions à l'Etat non-actionnaire. — L'impôt de solidarité pouvait être réglé soit en espèces, soit en actions créées à la suite d'une augmentation de capital.

Les actions étaient remises à l'Etat sur la base de leur valeur au 4 juin 1945. La Bourse, après avoir atteint un maximum dans les premiers jours du mois d'octobre (8), n'a cessé de baisser par la suite. Au 1er mars 1946, les cours étaient inférieurs de 15 % environ à ceux du 4 juin 1945. L'attribution d'actions à l'Etat était donc avantageuse pour les sociétés : c'est l'Etat qui supportait la moins-value des actions.

Par ailleurs, le paiement en espèces supposait des disponibilités importantes de la part des sociétés. C'était rarement le cas, la hausse continuelle des prix ayant mis bien des trésoreries à l'étroit.

Aussi la plupart des sociétés se sont-elles libérées de l'impôt par attribution d'actions à l'Etat (9).

Le paiement en actions de l'impôt de solidarité est terminé. Les augmentations réalisées à cette occasion le sont donc également.

Les attributions d'actions gratuites n'ont cependant pas cessé. Mais les actions gratuites ne sont plus remises à un non-actionnaire, l'Etat : Elles sont distribuées aux actionnaires.

230. Remise d'actions aux actionnaires. — Les réserves de bien des sociétés, surtout de celles qui ont réévalué leur bilan, sont actuellement de l'ordre de plusieurs dizaines de millions.

(8) La hausse a été de 10 % environ sur la moyenne des cours au 4 juin 1945. Voir *La Vie française* des 22 et 29 septembre 1945.

(9) Les deux tiers du montant total de l'impôt ont été réglés par attribution d'actions représentant une valeur de 6.692.540.615 francs.

Le tiers du montant global de l'impôt, soit 2.872.412.694 francs, a été acquitté en espèces (*J. O., déb.*, 1946, p. 2319, n° 1658).

Or, les réserves, synonymes d'idées de prévoyance et d'épargne au temps où M. Amiaud écrivait sa thèse [10], signifient aujourd'hui, aux dires de certains, imprévoyance et certitude de spoliation en cas de nationalisation de la société. L'indemnisation des actionnaires de la Banque de France, basée pourtant sur la valeur liquidative de l'action, ne tient pas compte des réserves accumulées. Si donc la Banque de France, au lieu de faire des réserves, avait distribué des actions gratuites, ou des dividendes supplémentaires, la valeur de rachat de l'action aurait été plus en rapport avec sa valeur réelle.

Les réserves, si elles ne sont plus soumises, depuis la loi du 13 janvier 1941, à la taxe annuelle sur les bénéfices non distribués, instituée par la loi du 31 décembre 1936 (art. 23), n'en sont pas moins sous la menace d'une loi qui rétablirait, en l'aggravant probablement, le régime de 1936 [11].

231. Leurs entraves. — Malgré tous ces facteurs favorables, les incorporations de réserves se trouvent entravées pour des raisons différentes selon que les actions sont remises à l'Etat en paiement de l'impôt de solidarité ou aux actionnaires.

Entrée de l'Etat dans les sociétés. — L'attribution d'actions à l'Etat pour payer l'impôt de solidarité entraîne un grave inconvénient pour les sociétés : elles font entrer un nouvel actionnaire dans la société, actionnaire qui est souvent considéré comme indésirable. L'Etat pourra toucher des dividendes et participer au partage de l'actif social. Il pourra surtout prendre part aux votes, surveiller la marche de la société, devenir même parfois administrateur. Cette entrée de l'Etat dans les sociétés entraîne une « sous-nationalisation » ou même une « pré-nationalisation ».

Régime fiscal sévère. — L'attribution d'actions aux actionnaires est soumise, nous l'avons vu, à un régime fiscal dit de faveur, mais qui est encore beaucoup trop sévère. L'opération entraîne le paiement du droit d'apport (1 %) et de la taxe additionnelle (15 %). Les réévaluations de bilan, actuellement en vogue, sont parfois empêchées par cette taxation. Certaines sociétés estiment qu'il n'est pas nécessaire de faire ressortir une réserve de réévaluation si elle ne doit pas être incorporée au capital social.

(10) Amiaud, *Des comptes de réserves dans les sociétés anonymes*, thèse Paris, 1912.

(11) Un amendement a été présenté mais repoussé, en décembre 1945, instituant un impôt de 10 % sur toutes les réserves constituées pendant l'occupation.

C'est pourquoi certaines sociétés ne réévaluent pas leur bilan. Elles le feraient certainement et incorporeraient la plus-value de réévaluation si la taxe de 16 % était réduite, comme on le demande, à un taux plus bas (on parle couramment du taux de 5 %) (12).

La loi de finances du 23 décembre 1946 (art. 48) apporte cependant une atténuation à ce régime fiscal : sans modiger le taux de la taxe, elle permet d'en échelonner le paiement sur cinq années.

En définitive, la situation *actuelle* des augmentations de capital dans les sociétés anonymes peut se résumer dans les formules suivantes :

I. — Augmentation de capital avec adjonction de richesses nouvelles.

Favorisée par la nécessité de rééquiper les entreprises.

Entravée par
- — un climat boursier défavorable;
- — les investissements de capitaux en achats de fonds de commerce.

II. — Augmentation de capital sans adjonction de richesses nouvelles.

Remise gratuite d'actions aux *actionnaires*
- — *favorisée* par la crainte de taxation ultérieure des réserves.
- — *entravée* par l'actuel droit d'apport (16 %).

Remise d'actions à *l'Etat* en paiement de l'impôt de solidarité.
- — *favorisée* par la baisse des cours depuis la date de base (4 juin 1945).
- — *entravée* par la crainte d'ingérence de l'Etat dans la vie des sociétés.

(12) *Une semaine dans le monde*, 31 août 1946, p. 15, note signée A. L.

Vu : *Le Doyen*,
H. VIZIOZ.

Vu, bon à imprimer :
Le Président,
M. PALMADE.

Vu et permis d'imprimer :
Bordeaux, le 24 décembre 1946.
Le Recteur de l'Académie,
A. MARCHAUD.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs. (Délibération de la Faculté du 12 août 1879.)

BIBLIOGRAPHIE

I. — Ouvrages généraux.

COPPER-ROYER. — Traité des sociétés anonymes, 4e éd.

HOUPIN et BOSVIEUX. — Traité des sociétés, 5e éd.; 7e éd., et Supplément à la 7e éd.

JOLY. — Dictionnaire du droit des sociétés anonymes.

LABORDE-LACOSTE. — Précis élémentaire d'enregistrement.

PALMADE. — Cours de droit commercial (non édité).

PIC. — Traité général théorique et pratique de droit commercial des sociétés commerciales, 2e éd.

RIPERT. — Cours de droit commercial (année 1943-1944), édité par les Cours de droit.

THALLER. — Traité élémentaire de droit commercial, 4e éd.

II. — Thèses et ouvrages spéciaux.

AMIAUD. — Des comptes de réserves dans les sociétés par actions. Thèse Paris, 1912.

ASSOCIATION NATIONALE DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS. — Régime fiscal des fusions de sociétés (déc. 1942).

— Les augmentations de capital par incorporation de réserves.

— L'impôt de solidarité applicable aux sociétés et aux porteurs de valeurs mobilières (déc. 1945).

BARATTE. — La réglementation des filiales. Thèse Paris, 1943.

CHEVALIER. — Du droit de souscription en cas d'augmentation de capital dans les sociétés anonymes ou en commandite par actions. Thèse Paris, 1926.

CONSTANTIN et GAUTRAT. — Incorporation au capital des plus-values provenant d'une réévaluation des immobilisations.

DACHER. — De la priorité de souscription dans les émissions de titres. Thèse Paris, 1913.

DASTÉ. — La prime d'émission dans les sociétés par actions. Thèse Toulouse, 1925.

GAULTIER. — Des droits des porteurs de parts de fondateur sur les bénéfices sociaux. Thèse Paris, 1939.

GRAVAS. — L'impôt de solidarité nationale.

Impôts et sociétés. — Numéro spécial concernant l'impôt de solidarité nationale.

Instruction de la Direction Générale de l'Enregistrement, des Domaines et du Timbre, n° 4687, relative à l'impôt de solidarité nationale.

JANTON. — Etude financière et juridique sur l'augmentation de capital dans les sociétés anonymes. Thèse Paris, 1931.

JAUBERT. — Les propres mobiliers dans la communauté légale. Thèse Bordeaux, 1942.

JAUFFRET. — Du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles. Thèse Aix, 1926.

JOFFROY. — Des réserves et de leur incorporation dans les sociétés anonymes. Thèse Toulouse, 1944.

LECERCLÉ. — Les provisions pour le renouvellement des stocks, de l'outillage et du matériel. A.N.S.A., nov. 1943.

LETELLIER. — Le droit de vote de l'actionnaire. Thèse Paris, 1942.

MARIA. — Des modifications du capital social au cours de la vie sociale dans les sociétés commerciales par actions. Thèse Aix, 1943.

MARTIN. — Le droit de souscription aux augmentations de capital et la condition des titres souscrits par un époux commun en biens. Thèse Lille, 1944.

MAUREL. — Le nouveau statut des actions à vote privilégié. La loi du 13 novembre 1933. Thèse Toulouse, 1934.

MOLAS, CHAPPAZ, SINDOU et BRELIER. — Traité de l'impôt de solidarité nationale. T. II : Société et autres personnes morales.

MONSÉGUR. — Aux confins du service public et de l'entreprise privée. Les entreprises privées d'intérêt public et les sociétés d'économie mixte. Thèse Bordeaux, 1942.

PAVÈS. — Le droit de souscription à des actions. Thèse Paris, 1925.

PERCEROU. — Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires. 2e éd., t. II.

— Commentaire de la loi du 14 août 1941 réservant, en cas d'augmentation de capital, les droits des personnes empêchées de souscrire. A.N.S.A., déc. 1941, n° 45.

PIFFRE DE VAUBON. — Du caractère des actions nouvelles souscrites par une femme mariée en vertu d'un droit de préférence. Thèse Paris, 1929.

RAULT. — Traité théorique et pratique des parts de fondateur et des groupements des porteurs de parts de fondateur.

REDAUD. — Les parts sociales sous le régime de communauté. Thèse Paris, 1929.

ROBERT. — Du droit de préférence de l'actionnaire à la souscription d'actions nouvelles en cas d'augmentation de capital. Thèse Paris, 1940.

SAUTAI. — L'usufruit des valeurs mobilières. Thèse Paris, 1925.

SOLUS. — La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et de 1937.

TAMBOISE. — Le nouveau régime du droit de vote dans les sociétés par actions d'après la loi du 13 novembre 1933. Thèse Lille, 1935.

VANDAMME. — De la prime imposée aux souscripteurs d'actions. Thèse Paris, 1928.

III. — Notes de jurisprudence et articles de revues.

BARATIN. — De la dotalité qui affecte le droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles émises contre espèces lorsque ce droit est attaché à des actions dotales. Des effets de cette dotalité. *Rev. soc.*, 1922, p. 568 et suiv.

BASTIAN. — De la nature des assemblées appelées à se prononcer sur la réalisation d'une augmentation de capital. J.C.P., 1942. 1. 239.

— Note sous l'arrêt de la Chambre sociale du 15 juillet 1943, J.C.P. 1944. 2. 2514.

BOSVIEUX (Henri). — La nouvelle loi du 4 mars 1943. *Journ. soc.*, 1943, p. 1.

BOSVIEUX (Pierre). — Du droit des différents participants aux bénéfices sur les « provisions » constituées pour renouvellement de l'outillage, du matériel et du stock de départ. *Journ. soc.*, 1942, p. 277 et suiv.

CHAMBAZ. — Commentaire de la loi du 14 août 1941 réservant les droits des personnes empêchées, par suite des circonstanecs résultant de l'état de guerre, de participer aux augmentations de capital des sociétés par actions. *Journ. soc.*, 1941, p. 385.

CHARRON. — Commentaire de la loi du 14 août 1941 réservant les droits des personnes empêchées, par suite de circonstances résultant de l'état de guerre, de participer aux augmentations de capital des sociétés par actions. *Journ. des notaires et des avocats et Jurisprudence du notariat*, 1942, p. 145.

CORDONNIER. — Des pouvoirs de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires en matière de constitution de réserves. *Journ. soc.*, 1928, p. 65 et 129.

— La loi du 23 janvier 1929 sur les parts bénéficiaires. *Journ. soc.*, 1929, p. 257 et 321.

— Note sous l'arrêt de la Chambre civile du 12 juillet 1937. D., 1938. 1. 79.

— Note sous le jugement du Tribunal correctionnel de la Seine du 10 avril 1941. *Journ. soc.*, 1941, p. 183.

— De l'emploi des réserves à l'augmentation du capital social. Problèmes nouveaux de droit privé. *Journ. soc.*, 1943, p. 81 et suiv.

DALSACE. — A propos de l'augmentation de capital réalisée en règlement de l'impôt de solidarité. *Rev. soc.*, 1946, p. 44 et suiv.

— La cessation des hostilités et le droit des sociétés par actions. J.C.P., 1946. 1. 358.

DECUGIS. — De la non-dotalité du droit de souscription appartenant aux femmes dotales en cas d'augmentation de capital d'une société par actions. *Journ. soc.*, 1922, p. 49 et suiv.

DURAND. — Note sous l'arrêt de la Chambre civile du 18 décembre 1935. S. 1937. 1. 57.

FRÉJAVILLE. — Note sous l'arrêt de la Chambre civile du 18 décembre 1935. D., 1936. 1. 129.

— Note sous le jugement du Tribunal civil d'Orléans du 16 mars 1943. J.C.P., 1943. 2. 2453.

GÉORGE. — La loi du 12 août 1942 modifiant le régime fiscal des incorporations de réserves au capital et des fusions de sociétés. *Journ. soc.*, 1943, p. 161 et suiv.

— Société. Augmentation de capital. Emission d'actions avec primes. *Journ. soc.*, 1943, p. 243.

HAMEL. — L'impôt de solidarité nationale et les sociétés commerciales. *Journ. soc.*, 1945, p. 241 et suiv.

HOUPIN. — Société anonyme. Transformation de réserves en actions à titre d'augmentation du capital social. *Journ. soc.*, 1901, p. 49.

— De la transformation du fonds de réserve en actions à titre d'augmentation du capital social. *Journ. soc.*, 1908, p. 385.

— Société. Augmentation de capital par la conversion de créances en actions. *Journ. soc.*, 1908, p. 289.

— Du caractère et de l'affectation de la prime d'émission d'actions. *Journ. soc.* 1913, p. 145.

— Du caractère des primes d'émission d'actions. Conséquences au point de vue fiscal et civil. *Journ. soc.*, 1921, p. 241.

— Conséquences au point de vue civil du caractère des primes d'émission. *Journ. soc.*, 1922, p. 145.

— De la constatation des plus-values de l'actif dans les bilans des sociétés par actions et de leur incorporation au capital. *Journ. soc.*, 1923, p. 481.

JAUBERT. — De l'utilisation des réserves dans les sociétés par actions. *Rev. soc.*, 1945, p. 1 et suiv.

LACROIX. — Les actions à vote plural. *Rev. politique et parlementaire*, 1936, p. 85 et suiv.

LAGARDE. — Note sous l'arrêt de la Chambre civile du 12 juillet 1937. *Rev. gén. dr. comm.*, 1938, p. 521 et suiv.

MAZEAUD. — Les effets de l'interdiction des participations réciproques sur les acquisitions, les souscriptions et les distributions d'actions. *Journ. soc.*, 1944, p. 81 et suiv.

MICHEL. — L'incorporation des réserves au capital et la loi du 12 août 1942. *Gaz. Pal.*, 24 déc. 1942 et suiv.

— Commentaire de la loi du 4 mars 1943. *Gaz. Pal.*, 19 mai 1943.

PERCEROU. — La transformation des plus-values de l'actif en augmentation du capital social. *Journ. soc.*, 1921, p. 143.

— Commentaire de la loi du 4 mars 1943. D. crit., 1943, p. 61.

PERCEROU et DROUETS. — De la création d'actions de jouissance en cas de réduction de capital par suite de pertes. *Journ. soc.*, 1924, p. 140.

RADOUANT. — Note sous l'arrêt de la Chambre civile du 6 octobre 1941. J.C.P., 1942. 2. 1794.

RIPERT. — Le droit de souscription aux actions nouvelles et la loi du 14 août 1941. *Rev. gén. dr. comm.*, 1941, p. 477.

THALLER. — De l'augmentation de capital par transformation en actions soit du passif, soit des réserves de la société. *Ann. dr. comm.*, 1907, p. 177 et suiv.

— De l'assainissement des sociétés par actions. *Ann. dr. com.*, 1909, p. 177 et suiv.

VALÉRY. — A propos de la création d'actions de jouissance en cas de réduction de capital par suite de pertes. *Journ. soc.*, 1924, p. 232.

TABLE ANALYTIQUE

(*Les numéros renvoient aux rubriques.*)

Action :
- —, d'apport, 110, 215, 217.
- — droits, 101.
- — de garantie, 98.
- — de numéraire, 215 à 217.
- — stage, 96, 98.
- — valeur boursière, 101.
- — valeur nominale, 102.

Action libérée :
- — augmentation de capital, 118, 184.
- — conversion d'obligations, 212.
- — impôt de solidarité, 172, 173, 179, 184, 190.
- — vote double, 95 à 97.
- — vote quadruple, 95, 99, 100.

Action de jouissance :
- — impôt de solidarité, 184, 190.

Action de priorité :
- — conversion d'obligations, 219.
- — conversion de réserves, 135.
- — droits, 92 et suiv.

Actionnaire empêché :
- — remise d'action gratuite, 117, 136.
- — droits, 17, 18.
- — émission d'actions, 33 à 35.
- — société, 201 à 203.
- — souscription, 12, 17 et suiv.

Actionnaire non-résident, 11, 139.

Amortissement :
- — exagéré, 129.
- — réserves, 123, 147.

Apport (Droit d') :
- — fusion, 111.
- — prime, 74 à 80.
- — réserves, 144, 145, 150, 151, 154, 156.

Assemblée d'actionnaires :
- — constitutive, 105, 106, 108, 109.
- — générale extraordinaire, 11, 105, 107, 108, 171.
- — de vérification, 105 à 109.

Assemblée d'obligataires, 208.

Assemblée de porteurs de parts bénéficiaires, 143, 160, 162, 163.

Avantage particulier :
- — souscripteur provisoire, 30 à 32.

Bourse :
- — action, 7, 8, 101.
- — impôt de solidarité, 168, 229.
- incorporation de réserves, 4.

Compensation, 116, 212, 213.

Conseil d'administration :
- — impôt de solidarité, 171, 176.

Conversion :

Voir : *Obligations, Réserves, Parts bénéficiaires.*

Déclaration notariée de souscription et de versement, 103, 105 à 109.

Emission nouvelle :
- — actionnaire empêché, 33 à 35.

Fonds social, 114, 130, 180.

Fusion :
- — par annexion, 104, 110 à 113.

Impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux :
- — fusion, 111.
- — prime, 89.
- — réserves, 155.

Impôt général sur le revenu :
- — fusion, 111.
- — prime, 81 à 85.
- — réserves, 144, 145, 149, 154, 156.

Impôt sur le revenu des valeurs mobilières :
- — fusion, 111.
- — prime, 81 à 85.
- — réserves, 144 à 148, 153, 154, 156.

Impôt de solidarité, 166 et suiv.

— actionnaire empêché, 34.
— assujettissement des sociétés, 166.
— caractéristiques, 167.
— catégorie de biens, 67.
— conseil d'administration, 171, 176.
— droit d'enregistrement, 177.
— droit de souscription, 68.
— droit de timbre, 178.
— Etat actionnaire, 12, 90, 138, 229, 231.
— incidence, 181.
— limitation des dividendes, 187.
— modes de paiement, 36, 168.
— obligations, 221 à 224.
— prime, 90.
— réserves, 181, 182.
— taux, 180.

Libération du capital :

— et augmentation de capital, 118, 184.
— et vote, 99, 100.

Limitation des dividendes :

— impôt de solidarité, 187.
— incorporation de réserves, 4, 127.
— prime, 87, 88.

Nationalisation :

— augmentation de capital, 203.
— fusion, 104, 110, 112.
— mesures préventives, 113.
— obligations, 210.
— part bénéficiaire, 210.

Obligation :

— émission d' — et d'actions, 2, 8.
— conversion en actions, 117, 207 et suiv.

Part bénéficiaire :

— actionnaire, 159, 174, 175, 181, 182.
— assemblée de porteurs de —, 143, 160, 162, 163.
— conversion en actions, 158 à 165.
— distribution d'actions gratuites, 140 à 143.
— droits des porteurs de —, 140, 158.
— droit de souscription, 11, 164, 165.
— modes d'élimination des porteurs de —, 160.
— nationalisation, 210.
— rachat, 84, 160.

Participation réciproque :

— dangers, 41.
— délai de régularisation, 43.
— impôt de solidarité, 197.
— interdiction, 40.
— moyen de régularisation, 42.
— souscription, 12.

Voir aussi *Société participante.*

Plus-values d'actif, 130 à 133.

Prélèvement temporaire :

— prime, 90.
— réserves, 155.

Prime :

— avantages, 72, 88 à 90.
— but, 70.
— distribution, 81 à 85.
— inconvénients, 71, 87.
— incorporation de réserves, 126.
— limitation des dividendes, 87, 88.
— nature juridique, 73.
— prélèvement temporaire, 90.
— versement, 74 à 80.

Voir : *Apport, Impôt.*

Provision :

— fonds de renouvellement, 128.
— réserves, 124.

Réduction de capital :

— impôt général sur le revenu, 111, 149.
— impôt sur le revenu des valeurs mobilières, 111, 147.
— impôt de solidarité, 173, 175, 179.
— émission d'actions, 91.
— émission d'obligations, 220.
— taxe additionnelle, 153.

Réévaluation de bilan, 130 à 133.

Régimes matrimoniaux :

— communauté, 13, 54, 60.
— communauté réduite aux acquêts, 13, 54, 62 à 66.
— dotal, 13, 54, 61.
— séparation de biens, 13, 54, 60.
— séparation de biens avec société d'acquêts, 13, 54, 62 à 66.

Réserves :

— amortissement, 123, 129, 147.
— apparentes, 9, 125 à 127.
— avantage de leur conversion en actions, 4, 117.
— Bourse, 4.
— capital, 115.
— fonds de renouvellement, 128.
— impôt de solidarité, 4, 181.
— limitation des dividendes, 4, 127.
— mécanisme de leur conversion en actions, 116, 134, 144.
— nature juridique, 122 à 125.
— parts bénéficiaires, 140 à 143, 157 à 165.
— plus-values d'actif, 130 à 133.
— provision, 124.

Voir : *Apport, Impôt général sur le revenu, Impôt sur le revenu des valeurs mobilières, Taxe additionnelle.*

Société participante :

— actionnaire empêché, 201 à 203.
— distribution d'actions gratuites, 137.
— modes de paiement, 194 à 196.
— montant du paiement, 199, 200.
— préjudice, 191, 192.
— souscription, 39, 46, 47.
— souscription provisoire, 49, 50, 204 à 206.

Souscription :

— actionnaire empêché, 17 et suiv.
— époux, 54.
— Etat, 12, 36 à 38, 90.
— exceptions, 11.
— exercice, 37, 38, 54, 55.
— irréductible, 13, 16.
— nature juridique, 53.
— nu propriétaire, 54, 55.
— principe, 10.
— procédure dérogatoire, 27 à 29, 164, 165.
— réductible, 13, 16.
— société participante, 39.
— souscripteur provisoire, 26.
— usufruit, 55.
— vente des droits de —, 38, 55.

Souscription provisoire :

— avantages particuliers, 30 à 32.
— double, 26.
— modalités, 19.
— nature juridique, 21 à 23.
— société participante, 49, 50, 204 à 206.

Syndicat d'émission, 24.

Taxe additionnelle :

— fusion, 111.
— réserves, 145, 152 à 156.

Usufruit, 13, 55.

Vote :

— double, 93, 95 à 98.
— droit de —, 93, 94, 105.
— plural, 101, 102.
— privilège de —, 95 à 102.
— quadruple, 99, 100.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 1

1. Augmentation de capital avec adjonction de richesses nouvelles. — 2. Comparaison avec l'emprunt. — 3. Augmentation de capital sans adjonction de richesses nouvelles. — 4. Avantages de l'incorporation des réserves. — 5. Plan de l'étude : dualité d'objectifs.

PREMIERE PARTIE. — **AUGMENTATION DE CAPITAL AVEC ADJONCTION DE RICHESSES NOUVELLES** 5

6. Dualité des objectifs. — 7. Société prospère (protection des anciens actionnaires). — 8. Société en difficulté (avantages offerts aux nouveaux actionnaires). — 9. Augmentation de capital par apport en nature.

CHAPITRE I. — ***Droit préférentiel de souscription*** 9

10. Principe de l'automatisme. — 11. Exceptions. — 12. Situations réservées. — 13. Problèmes de droit civil et fiscal.

Section I. — **Mesures de faveur accordées pour l'exercice du droit préférentiel de souscription** 12

14. Division. — 15. Distinction du titre irréductible et du titre réductible. — 16. Répartition du titre réductible.

§ 1er. — DE LA RÉSERVE DU DROIT PRÉFÉRENTIEL DE SOUSCRIPTION DES PERSONNES EMPÊCHÉES. — (Loi du 14 août 1941) 14

17. Droit minimum de l'actionnaire empêché (titre irréductible). — 18. Délais d'application de la loi de 1941.

I. — *Procédé de la souscription provisoire* 16

19. Modalités d'attribution d'actions aux actionnaires empêchés. — 20. Leurs difficultés.

A. — Nature juridique de la souscription provisoire 17

21. Stipulation pour autrui. — 22. Retrait. — 23. Solution alternative.

B. — Situation du souscripteur provisoire au regard d'une émission nouvelle .. 19

24. Syndicat de garantie. — 25. Double option. — 26. Double souscription provisoire.

C. — Suppression du droit de souscription à titre réductible 21

27. Procédure dérogatoire au droit de souscription. — 28. Suppression provisoire du droit de souscription. — 29. Suppression définitive.

D. — Attribution au souscripteur provisoire du solde d'actions non réclamées.. 23

30. Procédure de vérification des avantages particuliers. — 31. Date de la vérification. — 32. Procédure nécessaire.

II. — *Procédé de l'émision nouvelle* 26

33. Modalités d'attribution d'actions aux actionnaires empêchés. — 34. Société soumise à l'impôt de solidarité. — 35. Inconvénients du procédé.

§ 2. — DU DROIT PRÉFÉRENTIEL DE SOUSCRIPTION DE L'ETAT ATTRIBUTAIRE D'ACTIONS EN VERTU DE L'ORDONNANCE DU 15 AOÛT 1945 28

36. Paiement en actions de l'impôt de solidarité. — 37. Droit préférentiel de souscription de l'Etat. — 38. Interdiction de la vente des droits. — 39. Interdiction aux sociétés participantes de souscrire.

Pages

Section II. — **Du droit préférentiel de souscription au cas de participation réciproque entre sociétés** 36
40. Interdiction des participations réciproques importantes. — 41. Leurs dangers. — 42. Moyens de régularisation. — 43. Délais de régularisation. — 44. Augmentation de capital pendant le délai de régularisation.

§ 1er. — Souscription d'une société pour son propre compte 38
45. Participation au capital primitif déjà excessive. — 46. Souscription à titre irréductible. — 47. Souscription à titre réductible. — 48. Nécessité de distinguer le titre réductible et le titre irréductible.

§ 2. — Souscription d'une société pour le compte de personnes empêchées 41
49. Possession des actions par la socité participante pendant la souscription provisoire. — 50. Attribution à la société participante des actions non réclamées au dénouement de la souscription provisoire. — 51. Appréciation du régime légal.

Section III. — **Effets civils et fiscaux du droit préférentiel de souscription.** 44
52. Division.

§ 1er. — Nature juridique du droit préférentiel de souscription. Ses conséquences. 44

I. — *Nature juridique du droit de souscription* 44
53. Démembrement de l'action ancienne.

II. — *Conséquences civiles* 45
54. Régimes matrimoniaux. — 55. Usufruit de l'action ancienne.

III. — *Régime fiscal du droit de souscription* 47
56. Impôt sur le revenu des valeurs mobilières et impôt de solidarité.

§ 2. — Sort de l'action nouvelle 48

I. — *Sort de l'action nouvelle dans les rapports entre nu propriétaire et usufruitier* 48
57. Hypothèses retenues. — 58. Souscription du nu propriétaire. — 59. Souscription de l'usufruitier.

II. — *Sort de l'action nouvelle dans les rapports entre époux* 49
60. Régime de communauté légale et régime de séparation de biens.

A. — Régime dotal 50
61. Origine des deniers et nature du droit de souscription.

B. — Régime de communauté réduite aux acquêts ou de séparation de biens avec société d'acquêts 51
62. Nature de l'action nouvelle. — 63. Action propre. — 64. Action commune. — 65. Solution alternative (origine des deniers). — 66. Solution mixte (nature des droits de souscription).

III. — *Sort de l'action nouvelle vis-à-vis de l'ordonnance du 15 août 1945* 54
67. Dualité de catégories. — 68. Catégorie du droit de souscription.

Chapitre II. — ***Modalités d'émission d'actions*** 57
69. Société prospère et société en pertes.

Section I. — **Emission d'actions avec primes** 58
70. But de la prime. — 71. Ses inconvénients. — 72. Ses avantages. — 73. Ses difficultés.

§ 1er. — Versement de la prime 61
74. Division.

I. — *Le principe* 61
75. Le droit d'apport.

II. — *Non-mention de la prime dans le procès-verbal de délibération* 62
76. Le problème. — 77. Dispense du droit d'apport (doctrine). — 78. Assujettissement au droit d'apport (jurisprudence). — 79. Appréciation des arguments. — 80. Revirement jurisprudentiel possible.

Pages

§ 2. — Distribution de la prime 68
81. Impôt sur le revenu des valeurs mobilières. Impôt général sur le revenu. — 82. Conditions d'exigibilité. — 83. Rigueur de la loi du 31 décembre 1936. — 84. Ses atténuations. — 85. Régime fiscal néanmoins très sévère.

§ 3. — Rôle fiscal de la prime dans le fonds social 69
86. Division.

I. — *Vis-à-vis des actionnaires* 69
87. Préjudice direct (capital non appelé). — 88. Avantage direct.

II. — *Vis-à-vis de la société* 70
89. Avantage indirect (B.I.C.). — 90. Avantage direct.

Section II. — **Emission d'actions de priorité. Actions à vote plural** 73
91. Leur objectif. — 92. Leurs droits.

§ 1er. — Régime fiscal 74
93. Evolution législative. — 94. Inconvénients du régime légal.

§ 2. — Les privilèges de fait en matière de votation (Leur évolution depuis la loi du 13 novembre 1933) 76
95. Cas de privilège de votation.

I. — *Création de vote double au profit des actions anciennes* 76
96. Actions anciennes nominatives et libérées dès l'origine. — 97. Actions nouvelles partiellement libérées. — 98. Durée du stage des actions nouvelles.

II. — *Création d'un droit de vote quadruple au profit des actions nouvelles.* 79
99. Exposé du système. — 100. Double limitation.

III. — *Création d'un droit de vote plural au profit des actions anciennes ou nouvelles* 81
101. Différence de valeur boursière. — 102. Différence de valeur nominale.

Chapitre III. — *Apports en nature* 85
103. Vérification des apports. — 104. Fusion par annexion.

Section I. — **Nature des assemblées de vérification** 87
105. Mode de délibération des assemblées constitutives et des assemblées générales extraordinaires.

I. — *Le point de vue de la pratique et de la doctrine* 87
106. Assemblée constitutive.

II. — *Le point de vue de la jurisprudence* 88
107. Assemblée générale extraordinaire (arrêt de 1937). — 108. Solution alternative (arrêt de 1941).

III. — *Les critiques de la doctrine* 89
109. Adaptation du texte statutaire.

Section II. — **Fusion par annexion** 91
110. Opposition de tendances. — 111. Régime fiscal favorable. — 112. Crainte des nationalisations. — 113. Mesures préventives.

DEUXIEME PARTIE. — **AUGMENTATION DE CAPITAL SANS ADJONCTION DE RICHESSES NOUVELLES** 95
114. Capital social et fonds social. — 115. Augmentation de capital sans adjonction de richesses nouvelles. — 116. Mécanisme de la conversion. — 117. Avantages de la conversion directe. — 118. Règles différentes de libération. — 119. Bénéfices de l'opération.

Pages

CHAPITRE I. — *Incorporation des réserves au capital social avec attribution d'actions aux actionnaires* ... 101
120. Ses modalités. — 121. Ses difficultés.

Section I. — **Réserves susceptibles d'incorporation au capital social** ... 103
122. Notion juridique. — 123. Réserves et amortissement. — 124. Réserves et provision. — 125. Incorporation des réserves.

§ 1er. — RÉSERVES APPARENTES ... 105
126. Incorporation licite. — 127. Bénéfices distribuables (loi du 28 février 1941). — 128. Fonds de renouvellement.

§ 2. — RÉSERVES OCCULTES ... 108
129. Amortissements exagérés. — 130. Plus-values d'actif. — 131. Ordonnance du 15 août 1945. — 132. Prudence nécessaire. — 133. Avantages de l'incorporation.

Section II. — **Ayants droit à la distribution d'actions gratuites** ... 113
134. Procédé indirect ou direct.

§ 1er. — ACTIONNAIRES ... 113
135. Actions de priorité. — 136. Actionnaire empêché. — 137. Société à participation interdite. — 138. Etat actionnaire (ordonnance du 15 août 1945). — 139. Personne morale assimilée à un non-résident.

§ 2. — PORTEURS DE PARTS BÉNÉFICIAIRES OU DE PARTS DE FONDATEUR ... 116
140. Droit aux bénéfices. — 141. Partage des bénéfices. — 142. Diminution du droit aux bénéfices. — 143. Les remèdes.

Section III. — **Régime fiscal des incorporations de réserves au capital social.** 121
144. Principe de la double taxation (I.S.R.V.M. et droit d'apport). — 145. Atténuations législatives.

§ 1er. — EXONÉRATION DE L'IMPÔT SUR LE REVENU DES VALEURS MOBILIÈRES ET DE L'IMPÔT GÉNÉRAL SUR LE REVENU ... 123

I. — *Impôt sur le revenu des valeurs mobilières* ... 123
146. L'exonération. — 147. Les déchéances. — 148. Taux et paiement de l'impôt.

II. — *Impôt général sur le revenu* ... 124
149. L'exonération et les déchéances.

§ 2. — DROIT D'APPORT ET TAXE ADDITIONNELLE ... 125

I. — *Droit d'apport* ... 125
150. Son inopportunité. — 151. Exception au droit d'apport.

II. — *Taxe additionnelle* ... 126
152. Majoration du droit d'apport. — 153. Reconstitution du capital réduit pour cause de pertes (Exonération administrative). — 154. Superposition d'impôts. — 155. Avantage indirect. — 156. Sévérité de la loi du 12 août 1942.

CHAPITRE II. — *Incorporation des réserves au capital social avec attribution d'actions à des non-actionnaires* ... 130
157. Attribution d'actions à des non-actionnaires.

Section I. — **Conversion en actions des parts bénéficiaires ou des parts de fondateur** ... 131
158. Droit des porteurs de parts. — 159. Opposition d'intérêts avec les actionnaires. — 160. Elimination des porteurs de parts. — 161. Les difficultés de la conversion.

§ 1er. — DE L'INCORPORATION DES RÉSERVES QUI SONT LA PROPRIÉTÉ PARTIELLE DES PORTEURS DE PARTS BÉNÉFICIAIRES ... 133
162. Décision majoritaire insuffisante. — 163. Décision majoritaire suffisante.

Pages

§ 2. — De l'observation de la procédure dérogatoire au droit préférentiel de souscription 135
164. Procédure nécessaire (conversion indirecte). — 165. Procédure inutile (conversion directe).

Section II. — **Conversion des réserves en actions avec remise de titres à l'Etat et aux sociétés participantes (ordonnance du 15 août 1945)** 137
166. Assujettissement des sociétés à l'impôt de solidarité. — 167. Caractéristiques de l'impôt. — 168. Modalités de paiement. — 169. Difficultés des émissions d'actions.

§ 1er. — Formalités de l'augmentation de capital 139
170. Libération exclusive de l'impôt.

I. — *Formalités juridiques simplifiées* 140
171. Décision d'augmenter le capital. — 172. Rupture d'égalité entre actionnaires (pluralité de catégories d'actions). — 173. Le remède (rachat d'actions suivi d'une réduction de capital). — 174. Rupture d'égalité entre actionnaires et porteurs de parts. — 175. Le remède (réduction de capital). — 176. Formalités requises.

II. — *Régime fiscal de faveur* 145
177. Dispense des droits d'enregistrement. — 178. Assujettissement au droit de timbre.

§ 2. — Difficultés d'application 145
179. Hypothèses retenues.

I. — *Augmentation du capital social* 146
179 *bis*. Division.

A. — Taux de l'impôt 146
180. Prélèvement de 1/20 du fonds social.

B. — Réserves à incorporer 147
181. Incidence de l'impôt. — 182. Incorporation des réserves propres aux actionnaires.

C. — Existence de plusieurs catégories d'actions 149
183. Attribution d'actions des différentes catégories. — 184. Actions partiellement libérées. — 185. Actions de jouissance.

D. — Jouissance des actions remises à l'Etat 151
186. Droits attachés aux actions. — 187. Date d'entrée en jouissance. — 188. Décision de distribution.

II. — *Combinaison de l'augmentation de capital et du paiement en espèces.* 153
189. Distinction de la combinaison principale et de la combinaison accessoire. — 190. Pluralité de catégories d'actions.

§ 3. — Situation des sociétés participantes 158
191. Dualité du préjudice. — 192. Réparation du préjudice. — 193. Maintien des droits de l'Etat.

I. — *Modes de paiement* 159
194. Identité des modes de paiement envers l'Etat et les sociétés participantes. — 195. Indépendance de ces modes de paiement. — 196. Paiement combiné. — 197. Participation réciproque interdite. — 198. Date de remise des actions.

II. — *Montant du paiement* 162
199. Non-amputation de droits. — 200. Catégorie d'actions intégralement détenue par la société participante.

III. — *Participation d'une société actionnaire empêché ou souscripteur provisoire* 164

A. — Société actionnaire empêché 164
201. Droit de propriété rétroactif. — 202. Caractère nominatif des actions. — 203. Nécessité d'une nouvelle liquidation de l'impôt.

Pages

B. — Société souscripteur provisoire 167
204. Droit de propriété sous condition résolutoire. — 205. Nécessité d'une nouvelle liquidation de l'impôt. — 206. L'absence de remèdes.

CHAPITRE III. — *Conversion des obligations en actions* 170
207. Virement de compte. — 208. Consentement individuel. — 209. Avantages de l'opération. — 210. Sa rareté. — 211. Ses difficultés.

§ 1er. — EXIGIBILITÉ DE LA CRÉANCE 172
212. Compensation légale et conventionnelle. — 213. Valeur actuelle de la créance.

§ 2. — NATURE JURIDIQUE DES ACTIONS REMISES 173
214. Modalités de la conversion.

I. — *Société solvable* 174
215. L'option (actions de numéraire ou d'apport). — 216. Avantages des actions de numéraire.

II. — *Société en pertes* 175
217. Actions de numéraire. — 218. Actions d'apport. — 219. Actions privilégiées. — 220. Assainissement préalable.

§ 3. — DE L'IMPÔT DE SOLIDARITÉ CONSIDÉRÉ COMME UNE DETTE CONVERTISSABLE EN ACTIONS 177
221. Dette de la société. — 222. Conversion totale licite. — 223. Conversion partielle licite. — 224. Conversion illicite.

CONCLUSION 181
225. Augmentation de capital et conjoncture.

I. — *Augmentation de capital avec adjonction de richesses nouvelles* 181
226. Leur nécessité. — 227. Leur insuccès partiel.

II. — *Augmentation de capital sans adjonction de richesses nouvelles* 183
228. Leur fréquence. — 229. Remise d'actions à l'Etat non actionnaire. — 230. Remise d'actions aux actionnaires. — 231. Leurs entraves.

BIBLIOGRAPHIE 187

TABLE ANALYTIQUE 191

Dépôt légal effectué en 1947 (2e trimestre).

24263. — Imprimeries Delmas, Bordeaux (31.0192). — 1947.